JUAN VIDAL, EDITOR

CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA

COMPILACION METÓDICA

DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN NUESTRAS LEYES CIVILES VIGENTES

CON EXPRESION DE SUS ORÍGENES,

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, CONCORDANCIAS CON LOS PRINCIPALES CÓDIGOS DE OTROS PUEBLOS

Y COMENTARIOS

OBRA ESCRITA Y PUBLICADA

POR

D. MARIO NAVARRO AMANDI

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid y Académico Profesor de la Matritense de Jurisprudencia y Legislacion

CON LA COLABORACION DE ILUSTRADOS JURISCONSULTOS

Y UN PRÓLOGO DEL

EXCMO. SR. D. EUGENIO MONTERO RIOS





ADMINISTRACION

CALLE DE BORDADORES, 3, MADRID

1880

Imprenta de Enrique Rubiños, plaza de la Paja, núm. 10.

PRÓLOGO

I

A la civilizacion occidental, con la inmensa variedad que la caracteriza, se contrapone la civilizacion asiática, donde el absolutismo de las castas simbolizadas por la tradicion india en los miembros de Brahama levanta un muro infranqueable entre las unas y las otras, donde el absolutismo político eleva el Gobierno á regiones totalmente inaccesibles, donde la vida social apénas se desenvuelve y donde la libertad individual no se vislumbra bajo la pesadumbre de aquellas seculares instituciones. El principio de *unidad* que de una manera exclusiva domina en aquellos pueblos contrasta de un modo muy notable enfrente del de *variedad* que preside el desenvolvimiento de los pueblos europeos. Este principio de variedad resulta patente en el órden social, en las contiendas que fermentan constantemente dentro de los muros de cada ciudad; en el órden filosófico, en la multiplicidad de contradictorios sistemas que produce la razon individual para explicar la naturaleza psicológica del sér humano; en el órden político, en las múltiples é incesantes luchas que separan á unas ciudades de las otras, á pesar de la unidad de su orígen, y en el planteamiento y organizacion de todas las formas de gobierno que desde entónces acá presiden en el mundo civilizado los destinos de los pueblos.

Este principio de variedad, cuyo influjo llegó tambien á la religion y al arte, fué causa de que en Grecia se ensayase en pequeño el plan de la vida humana que el mundo moderno está realizando en grande (1).

La diversidad de creencias, de dialectos y de costumbres, la de los elementos procedentes de otros extraños cultos que se refunden en la mitología helénica, sin borrarse en ellos el carácter que revela su propio orígen, la multitud de las escuelas filosóficas, el fraccionamiento político que aquel pequeño pueblo que tanto había de contribuir despues para su servidumbre, las guerras de carácter verdaderamente civil con que unas ciudades devoraban á las otras, hé aquí el aspecto bajo que se presenta la variedad de aquella poderosa civilizacion helénica, que informa todavía, combinada con otros grandes elementos, el progreso de los pueblos modernos.

El pueblo romano, cuya grandiosa mision en la tierra no puede ménos de maravillar á cuantos conocen su historia, representa en la vida de la humanidad una idea

(1) Sanz del Rio, *Hist. Univ.*, pág. 13.

más progresiva. Encierra en sí la *variedad* que inspiró la vida griega, pero con un carácter *armónico* que ésta no había tenido, en el que resalta *el ideal político*.

A este ideal vive sometido todo en Roma. Pueblo huérfano de tradiciones propias, de religion, de literatura, de arte y de filosofía, forja una fábula en que apoyar su orígen, y que á la vez hubiera de servir en lo futuro de abundante fuente para alimentar su patriotismo, y en cuanto sirve á sus propósitos, toma á préstamo la religion, las ciencias y las artes de otros pueblos.

Crea un órden religioso para utilizarlo como poder, y acepta los dioses de todos los pueblos en cuanto puede por este medio afianzar su conquista. En su organizacion y en su vida hay algo de artificial y falso nacido de su política: lo espontáneo no tiene allí explicacion, y es que, como dice un pensador de nuestros tiempos, la vida del corazon faltaba en Roma dentro y fuera, quedando sólo la vida de la cabeza.

En una palabra, Roma fué un pueblo político y conquistador. Como conquistador, esgrimió largo tiempo las armas y el engaño; como político, subordinó todas las ciencias á la ciencia del Derecho, única ciencia que en Roma fué original y propia.

Hubo en Roma como en Asia poder religioso en cuyas manos estaban los hilos de toda vida; poder manejado por la clase aristocrática y por ella defendido con heroicos esfuerzos: pero al contrario de Asia, donde permaneció siempre monopolizado en elevada clase social, en Roma cuando Publio Decio reclamó para los plebeyos la facultad de ser augures, la ley Ogulnia dispuso que en adelante hubiese cuatro pontífices y cinco augures plebeyos.

Hubo en Roma como en Grecia luchas intestinas, pero con una diferencia esencialísima; pues en tanto que la democracia griega aspiraba á la dominacion, la democracia romana pretendía únicamente la igualdad, con lo cual sus pasos eran más seguros y habían de ser más duraderos sus triunfos.

Hubo en Roma como en Grecia esclavitud, pero se presentaba con aspecto diferente.

No se concibe,—dice Lamennais (1),—cómo un pueblo tan culto como el pueblo griego, tan apasionado por lo bello, tan dulce en su trato, hablando siempre de independencia, incurriera en tan grave falta y encadenase naciones enteras á la estatua de la libertad. La filosofía se encargaba de explicar con sutilezas esta contradiccion.

En Roma, por el contrario, se nos presenta como un timbre de humanidad: en vez de matar al prisionero, se le hace esclavo, conservándole el mayor bien, la vida.

Existía, pues, una diferencia profunda entre los pueblos del Lacio y el pueblo griego y los pueblos orientales. En éstos la idea religiosa persistió siempre con la misma intensidad, queriendo estacionar, por decirlo así, la vida, lo cual ha sido causa de que los encontremos hoy esperando del mundo moderno el Mesías de la civilizacion. En aquéllos el principio de variedad no tuvo un órden superior que armonizase tendencias tan diversas, por lo cual aquel pueblo lleno de *filosofía*, lleno de arte y lleno de inspiracion, no tuvo otro remedio que desaparecer ante el ideal político de los romanos.

Hemos dicho que Roma no conoció otra ciencia que la del Derecho, y ahora hemos de añadir que cultivó ésta con tanto acierto, que ha merecido el nombre de razon

(1) *Essaie sur l'indifference*, cap. X.

escrita, con que la distinguen muchos escritores, ó el de Derecho inmortal con que la apellidan otros.

No hemos de seguir paso á paso el desenvolvimiento del Derecho en Roma, porque su historia está demasiado accidentada para encerrarla en los estrechos límites que consiente este trabajo. Bástenos consignar que, modificado el Derecho primitivo por la influencia de la plebe, que con frecuencia reclamaba la igualdad civil y política, y por la intervencion del Pretor que oponía los consejos de la equidad al rigor de la justicia, las instituciones civiles de Roma han formado un precioso monumento de sabiduría que tendrá siempre un valor inmenso para el jurisconsulto y para el filósofo.

Cómo nació el Cristianismo oscuro y humilde primero, perseguido despues, y fuerte y poderoso más tarde, no nos toca referirlo. Aquella revolucion, la más colosal de cuantas han conmovido y trasformado las sociedades humanas, ha dejado una huella tan profunda, que en vano será intentar borrarla.

Resistió tenazmente el imperio romano al influjo de la nueva doctrina; trató de oponer á esta predicacion el martirio, y sólo se consiguió hacer patente la santidad del Evangelio y la fe de sus prosélitos.

La persecucion hubo de cesar, y las sublimes máximas de la nueva doctrina, con el doble prestigio de la humildad de su orígen y su gloriosa historia en las Catacumbas y en el circo, pudo reflejar sus puros resplandores sobre todos los pueblos de la tierra.

La nueva doctrina vino á remover los cimientos de lo existente, oponiendo á la division de ingenuos y esclavos, el principio de libertad; á la diferencia de clases, la igualdad de todas ellas, y á las distinciones entre el ciudadano y extranjero, la fraternidad y la caridad cristianas.

Por causas cuya explicacion es ajena á este lugar, desapareció aquel poderoso imperio entre las garras de los pueblos bárbaros. A la civilizacion romana sucedió ese cataclismo que en la historia se llama irrupcion de los pueblos del Norte, que se repartieron las provincias del imperio, y hasta la misma Italia, dando principio la Edad Media, y á traves de los siglos, de las guerras y de la oscuridad en que se envuelve este período de la vida humana, un elemento nuevo, una influencia importante, trabaja lentamente en la reforma del Derecho: el Cristianismo. Ya en Roma bajo la influencia de la filosofía estóica primero, y á impulsos de la idea cristiana más tarde, sufre el Derecho honda trasformacion. La desigualdad que presidía á la antigua jurisprudencia romana, cedió su puesto á la igualdad: desaparece la distincion entre el parentesco de la línea masculina y la femenina: confúndese la familia civil con la natural, y olvidada la division entre fundos itálicos y fundos provinciales, no reconoce más propiedad que la fundada en la Naturaleza (1). El mismo uso de la propiedad se dulcifica á causa de las predicaciones sobre la pobreza.

El padre tenía derecho de *exponer* al hijo; pero cuando Lactancio, en nombre de la nueva religion, pregunta: ¿cómo puede un padre quitar á séres apénas formados la existencia que no les ha dado, puesto que viene de Dios? (2) Trajano reprocha du-

(1) Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, c. VII.
(2) Lactancio, *Divin. Just.*, V., 20.

ramente á los padres, que piden á los extranjeros una compasion que ellos mismos no tienen, y Justiniano acaba declarando libres á estos hijos infelices (1).

La constitucion de la familia es la que más directamente siente el influjo de las doctrinas nuevas: el matrimonio, que en Roma tiene por único objeto dar numerosos ciudadanos al Estado, truécase en símbolo misterioso de una union santa; la mujer, torpe instrumento de goce y reproduccion, adquiere bien pronto una consideracion distinta y sale de la tutela perpetua á que ántes estaba sometida. Proclamada la igualdad en la esfera religiosa, ¿cómo había el legislador de negarla á un sexo que daba mártires y santas á la Iglesia?

Las revoluciones que han dejado huella más profunda en la vida de los pueblos han sido indudablemente las que se inspiraron en una idea religiosa. Por eso la idea cristiana no pudo ménos de influir de una manera notable en la reforma del Derecho. Pero su intervencion no fué directa, como han pretendido muchos publicistas, sinó muy indirecta, sin dejar por eso de ser eficacísima.

El Cristianismo no es una doctrina jurídica; por eso no reformó el Derecho inmediatamente; el Cristianismo es una doctrina eminentemente moral, y como tal, de una manera indirecta, pero cierta y segura, modificó las doctrinas jurídicas vigentes en aquella época. Toda doctrina jurídica desenvuelve y estudia la idea del Derecho, así como toda doctrina religiosa, ó á lo ménos la doctrina religiosa del Cristianismo, desenvuelve y estudia la idea de la moral, es decir, que la primera enseña el hombre sus derechos y la segunda le inculca sus deberes.

Así, la religion del Crucificado, religion inspirada en los principios de moral más pura, no habla á los pueblos y á los hombres de los derechos que pueden exigir ni de las facultades de que pueden hacer uso, sinó que les enseña á cumplir con su deber, á respetar á su señor, á pagar el tributo, á sufrir con resignacion la tiranía; y en lugar de hablar al esclavo de derechos que tiene, habla al señor de los deberes y de las consideraciones que debe guardar á su semejante.

De aquí el que el Cristianismo no viniera á alterar, ni llegara á atacar directa y violentamente las instituciones políticas y sociales de Roma: y sin embargo, hirió de muerte la esclavitud y la tiranía del imperio.

Y no podía ser de otro modo. La nocion del deber es correlativa de la del derecho, de tal manera que es inconcebible que se altere la primera sin que la segunda se sienta alterada del mismo modo.

El Cristianismo, que en vez de decir: «ofende al que te ofende», dice: «si te dan una bofetada en la mejilla izquierda, presenta la derecha»; el Cristianismo, que de una manera radical y profunda modifica la nocion del deber, la nocion de la moral, no puede ménos de infiltrar su reforma en la nocion del Derecho, en las instituciones jurídicas.

(1) Constantino publicó con este motivo algunos edictos que son sus más bellos títulos de gloria. *Si algun padre,*—dice,—*tiene hijos á quienes la pobreza le impida procurar alimentos y vestidos, tenga en cuenta que nuestro fisco y áun nuestro patrimonio privado, se los proporcionará al instante; porque la manutencion de las criaturas que acaban de nacer no admite demora.* Y en otro edicto añade: *Hemos llegado á saber que los habitantes del Africa, apremiados por la necesidad, venden á sus hijos ó los dan en prenda; y queremos que aquellos cuya indigencia se acredita, reciban socorro de nuestro fisco, á fin de que no se vean obligados á morir de miseria ó á cometer una accion vergonzosa.* (L. I, c. *Th.* XI, 27.)

Por eso durante toda la Edad Media se efectúa lentamente la reforma cuyos primeros pasos se habían dado en los últimos tiempos del imperio.

Es verdad que ya en esta época se empezó á sentir desde luégo la influencia de las razas conquistadoras que trajeron á la vida de la humanidad un elemento nuevo, el espíritu de la libertad individual, de la consideracion personal que distingue el carácter de los pueblos bárbaros, el cual imprime en la legislacion su sello perfectamente individualista.

Pero no fué sólo en la familia, no fué sólo en la consideracion del hijo y la situacion de la mujer donde el cristianismo ha puesto su mano reformadora, es en la propiedad, facilitando los medios de recuperarla, es en la prescripcion, concediendo importancia inmensa á la buena fe, es en los contratos, supeditando la forma al consentimiento libre, en donde la Iglesia ha señalado su intervencion progresiva.

Y no nos refiramos al derecho público, donde encontraremos las treguas de Dios, el derecho de asilo y la intervencion de los Pontífices para terminar luchas eternas entre súbditos y señores, poniéndose siempre al lado del débil y amenazando al fuerte con excomunion si faltaba á juramentos prestados, ni necesitamos tampoco fijarnos ahora en el desarrollo sucesivo de las leyes procesales; recordemos tan sólo que el Cristianismo traía un nuevo elemento, el espiritualismo, y que éste no podía ménos de ser fecundo en resultados.

Mas durante este tiempo no se eclipsó por completo el Derecho Romano; Savigny ha demostrado que siempre fué respetado como legislacion peculiar de los vencidos.

Pero llegó el siglo XV y el Derecho Romano constituye por completo el estudio de los sabios, de los jurisconsultos; la filosofía griega, muerta en brazos del escepticismo, renace haciendo la paz con las doctrinas de Cristo (1), y sucede ese momento tan justamente llamado el *Renacimiento*, y entónces el Derecho Romano extiende su poder y la Iglesia acentúa su influjo.

De la conjuncion de tan diversos elementos nace el Derecho que hoy nos rige.

El Derecho Romano, el espiritualismo cristiano, el individualismo godo: hé aquí los tres valiosos factores de nuestra legislacion nacional.

¿Hasta dónde ha alcanzado el poder de cada uno de ellos? ¿Con cuánta intensidad han logrado infiltrarse en nuestro Derecho? El estudio del Derecho mismo nos lo ha de decir.

Esto en cuanto á los elementos que han concurrido á crear nuestra legislacion civil; en cuanto al desenvolvimiento histórico de ésta, diremos brevísimas palabras.

II

A la caida del Imperio romano, merced á las irrupciones de los pueblos del Norte, enseñoreadas las hordas bárbaras de todo el territorio europeo, los cimbrios, los sármatas, los vándalos, los suevos, los alanos y tantos otros pueblos como tomaron parte en aquella revolucion, distribuyéronse por distintos territorios, colocando en ellos sus tiendas y arrojando así el núcleo de nuevas sociedades y naciones. Empujados unos por otros, apénas lograron formar su asiento allí donde primeramente fijaron sus rea-

(1) E. Quinet, *Le Genie des religions*.

los. Acostumbrados á la vida nómada y guerrera, viviendo en los campos y desconociendo la labranza, hallaron serias dificultades para constituirse en otro órden de vida.

A España vienen los suevos y vándalos que, despues se embarcan para el Africa, posesionándose entónces de la Península el pueblo visigodo.

¿Cuál era la legislacion de éstos? San Isidoro nos dice que Eurico fué el primero (años 466 y 484) que dictó ó recopiló algunos preceptos legales nacidos del derecho consuetudinario, opinion corroborada por algunos fragmentos de la primitiva ley, hallados por los monjes de San German, y publicados mucho despues por M. Blume (1). Otros atribuyen este manuscrito á Recaredo, y no falta quien suponga fué su autor Alarico. De todos modos, el palimpsexto que se conserva es muy incompleto, y muchas de las disposiciones que contiene pasaron á formar parte del Fuero Juzgo.

Mas en aquellos momentos era patente la division entre el pueblo vencedor y el vencido. Los romanos y los invasores no podían participar de un derecho mismo, y por eso, á la vez que para los visigodos se habia formado la ley de Eurico, para los vencidos se formó el Breviario de Aniano. Atribúyese á Alarico (año 506) la formacion de este cuerpo legal, que hasta el siglo XVI no tomó el nombre de Breviario.

Esta compilacion fué tomada, no del Derecho justinianeo, sinó del Código teodosiano y de algunas novelas de Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo, juntamente con algunos trabajos particulares debidos á Cayo Paulo y Hermógenes.

De este modo subsistían dos legislaciones diversas, cada una de las cuales tenía sus subordinados; regía pues aquella sociedad una verdadera ley de razas.

Con esto coincidió la celebracion de los Concilios de Toledo, sobre cuya intervencion y carácter no se ha llegado al acuerdo entre los historiadores (2). Mas sea

---

(1) Recaredi, *Wisigothorum Regis antiqua legum collectio. Exmembranis Regie Pariensis bibliothecæ restitutam abyecta vulgata legum Wisigothorum lectione.* Edic. Dib. Blume.

(2) Al determinar la naturaleza de los Concilios Toledanos, celebrados durante la monarquía goda desde Recaredo, los autores se han dividido en dos opuestas opiniones; unos, entre los que se cuentan Ambrosio de Morales, Saavedra, Villadiego, el célebre canonista frances Tomasino y muy especialmente Martinez Marina, se esfuerzan por sostener que fueron *Córtes-concilios, ó sea Estados generales del reino*, con sus tres brazos, alto clero, nobleza y pueblo, poniendo en su seno el origen de nuestras célebres Córtes de la Edad Media. Otros, como el C. M. Fray Enrique Florez y el mayor número de los escritores modernos, no ven en ellos más que unas asambleas eclesiásticas, celebradas con arreglo á la disciplina eclesiástica, las cuales *jure propio*, tenian concretadas sus atribuciones á las que por los cánones corresponden á esta clase de juntas.

«Para que los Concilios de Toledo fuesen Córtes del reino, era preciso: 1.º, que estuviesen formados por el clero, la nobleza y el pueblo: 2.º, que éstos asistiesen por derecho propio; y 3.º, que tuviesen y ejerciesen igualmente por derecho propio, más ó ménos, pero siempre algunas atribuciones de gobierno. Y no obstante, en ellos estas circunstancias se buscarán en vano.

»El cánon 4.º del Concilio 4.º que prefija y señala reglas para su celebracion, los presenta como verdaderas asambleas eclesiásticas, y nada dice de la asistencia de las clases noble y plebeya, limitándose á facultar á los obispos para que admitan los legos cuya asistencia juzgaren conveniente. Esta disposicion fué cumplida en los Concilios 3.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, porque las actas y suscriciones son exclusivamente debidas á los obispos y sus vicarios. En el 8.º, es cierto que hubo Grandes, pero no se observa ya lo mismo en todos los demas que le siguieron, siendo por otra parte su número muy reducido comparado con el de Obispos, Vicarios y Abades. De los 16 Concilios celebrados desde Recaredo, únicamente se da la asistencia de los oficiales palatinos en seis, se ignora en dos, y consta la falta en ocho.

»En cuanto al pueblo, puede asegurarse con toda certeza, á vista del cánon 4.º del Concilio 4.º y á las actas de los demas, que nunca tomó parte en las sesiones de aquellas asambleas.

»Los concilios de Toledo *jure propio* no extendieron jamas sus atribuciones fuera del círculo trazado

cualquiera el carácter que los presidiera, lo cierto es que su influjo fué poderoso, como se ve por sus mismos cánones.

Merced al trabajo lento y constante de estas asambleas, juntamente con otras causas de órden diverso, fueron modificándose las relaciones entre vencedores y vencidos; la comunidad de derecho entre unos y otros fué haciéndose posible, y, si bien no ha sido fácil hallar datos seguros sobre la suerte de la legislacion romana en esta época, pues en tanto que algunos autores afirman que llegó á desaparecer, otros opinan que subsistió siempre, es lo cierto que, borrada ú oscurecida al ménos la ley romana, la fusion entre los conquistadores y los conquistados llegó á ser casi completa, simbolizándose, en sentir de algunos, en un monumento legal de una importancia y valía considerable, el *Libro de los jueces*, *el Fuero Juzgo.*

¿Quién fué el autor de este Código notabilísimo?

No hemos de hacernos cargo de las opiniones diversas que se han sustentado sobre este punto. Parece, sin embargo, lo más lógico suponer que fué obra de larga elaboracion, y en la que tomaron parte Recaredo, Sisenando, Wamba, Ervigio y que Egica terminó en el XVI de los Concilios Toledanos.

El libro de los godos, que con este nombre fué conocido en sus primeros tiempos, simboliza perfectamente el estado social de la época en que se firmó. En él la influencia romana no se apercibe; en cambio el espíritu independiente, individualista del pueblo godo, resalta de un modo notable, indicando bien claramente el cambio que ha sufrido aquella sociedad.

No es la familia del Fuero Juzgo la familia de Roma; no son idénticos ni la patria potestad ni el sistema dotal; aparecen ya los gananciales, aunque con reglas distintas á las que hoy están vigentes, y la madre comienza á ser un elemento poderoso dentro del hogar.

Este cuerpo de doctrina ha sido muy diversamente juzgado. Montesquieu dice de él que: «las leyes de los visigodos son pueriles, torpes é idiotas; inútiles para el fin á que se encaminan, llenas de retórica y vacías de sentido, frívolas en el fondo y en la forma gigantescas.»

Por el contrario, M. Guizot habla de él como de un Código universal, Código de derecho político, de derecho civil, de derecho criminal, Código sistemáticamente redactado, y cuyos autores se han propuesto atender á todas las necesidades de la sociedad.

Este Código se refugió con los esparcidos restos de la monarquía en las montañas de Astúrias, cuando la invasion sarracena hundió el poder de los visigodos. La re-

---

por la disciplina eclesiástica, y si aparecen entre sus cánones importantísimas disposiciones civiles y políticas, son efecto de la delegacion especial que á cada uno hacían los monarcas.

»En cuanto á la aclamacion con que el pueblo aceptaba los cánones, ¿puede decirse que representan legítimamente á todo el pueblo godo algunas docenas de personas vecinas de Toledo que concurrían á la iglesia el dia final de la asamblea?

»Por último, consta que habia juntas de los Magnates y Obispos para la eleccion de monarca, y éstas no eran los Concilios, porque ninguno fué elegido en ellos. Algunas leyes del Fuero Juzgo se dicen formadas *coram universis Dei sacerdotibus sanctis, annatis que oficiis palatinis*, y que no se encuentran en los actos conciliares: había por consiguiente asambleas diversas.» ENCICLOPEDIA DE DERECHO Y ADMINISTRACION, *Concilios de Toledo.*

conquista se inició rigiendo el Fuero Juzgo, cuyas disposiciones de carácter político y civil se observaron rigurosamente hasta que nacieron los fueros y cartas-pueblas.

Comenzó esta epopeya gigante, en la que durante siete siglos no hubo más ocupacion que la guerra ni otro ideal que recuperar la patria perdida. Epoca de lucha y de desmembraciones, el Derecho nació tan vario como los reinos que se formaron, y á veces como las ciudades que se constituyeron. Los fueros de cada reino y hasta de cada localidad, fueron por consiguiente innumerables.

La unidad lograda por el Fuero Juzgo se rompe por completo. Los fueros municipales se multiplicaron á medida que las necesidades de la guerra aconsejaron á los reyes conceder privilegios que interesasen á los pueblos en la obra de reconquista.

El primero de los fueros (1) fué el de Leon (año 1020), concedido por Alfonso V, y sucesivamente fueron naciendo los de Nájera, Sepúlveda, Toledo, Cuenca y otros de ménos importancia, otorgados respectivamente por D. Sancho el Mayor, Alfonso VI, Alfonso VII y Alfonso VIII (2).

La importancia de los fueros fué más bien política en cuanto contribuyeron á fomentar la conquista y sirvieron de poderoso freno á las demasías de la nobleza; pero en el órden civil eran defectuosos é insuficientes.

Por este tiempo nacieron tambien el ordenamiento de Nájera y el Fuero Viejo de Castilla.

El ordenamiento de Nájera ó fuero de los *fijosdalgo* ó de la *fazañas* y *albedríos*, se formó el año 1138 por el rey D. Alfonso VII el Emperador (3), y el Fuero Viejo de Castilla por D. Alfonso VIII el de las Navas, segun unos, por D. Sancho García, segun otros, y por D. Pedro, segun algunos, con lo cual se complicó más y más la legislacion, y se acentuó la necesidad de una reforma que estaba reservada á don Alfonso el Sabio.

Desde este monarca á la época de los Reyes Católicos, media un espacio de tiempo muy fecundo para la legislacion de nuestro pueblo.

El Espéculo, el Fuero Real, las Partidas, las leyes del Estilo y el ordenamiento de Alcalá aparecen entónces siendo cuerpos de doctrina verdaderamente importantes.

Es evidente que el Rey Sabio se propuso la unificacion del Derecho. Convencido de que la confusion de fueros que reinaba por entónces era sumamente perjudicial para Castilla, creyó fácil la empresa de sustituir aquel sinnúmero de leyes con un solo cuerpo de doctrina: así lo dice en el Espéculo, *feciemos estas leyes que son escriptas en este libro, que es espeio del derecho, porque se juzguen todos los de nuestros regnos e de nuestro señorío.*

(1) Algun fuero se concedió ántes del de Leon: pero son muy incompletos y carecen de verdadera importancia.

(2) Podemos citar tambien el de Logroño, dado por Alfonso VI; el de Sahagun, dado por el mismo monarca; el de Jaca, dado por D. Sancho Ramirez; el de San Sebastian, dado ó confirmado por Alfonso VIII; el de Zamora y el de Baeza, dados por Alfonso VII; el de Alcalá de Henares, que se otorgó por los arzobispos; el de Palencia, dado por Alfonso VIII; el de Madrid y el de Córdoba, dados por San Fernando; el de Cáceres, dado por Alonso IX de Leon; los de Salamanca y Escalona, dados por Alfonso VII (1118), y otros muchos. Téngase presente tambien, que Alfonso VI concedió fueros distintos á los mozárabes, castellanos y francos.

(3) El original de este fuero nos es desconocido, pues un manuscrito hallado con este nombre no es otro que el Fuero Viejo de Castilla ántes de ser reformado. Tal es la opinion de Aso, de Manuel y Pidal.

Este ideal, sin embargo, no pudo conseguirse. El Espéculo formado por los arzobispos, obispos y ricos omes y otras personas entendidas en el Derecho, en una época que no han podido precisar los autores (1), encierra en sí lo más útil y escogido de los fueros municipales. Poco tiempo despues de la aparicion de este libro se publicó el Fuero Real (á mediados del siglo XIII), conocido primeramente con los nombres de *Fuero del libro, Fuero Castellano y Flores de las leyes.*

Este Código, hecho evidentemente con el propósito de que obligase como ley general á toda España, fué concedido como fuero especial á varias ciudades, como Valladolid, Búrgos, Aguilar de Campoó, Sahagun y otras muchas. Esto indica, á nuestro entender, que pareciendo al Rey Sabio imposible derogar en un solo momento todos los fueros que se habían concedido á las municipalidades, era lo más oportuno y el medio más directo para llevar á cabo sus propósitos de unificacion, establecer el Fuero Real paulatinamente en todos los lugares donde ó no existiere fuero ó por cualquier motivo se presentase ocasion propicia para sustituir al antiguo. De esta manera suave hubiera conseguido D. Alfonso unificar en gran parte la legislacion, si los esfuerzos de la nobleza, cuyos privilegios é inmunidades sentían lastimados, no hubiesen triunfado del nuevo Código dando fuerza y valor al Fuero Viejo de Castilla en gran número de ciudades, no volviendo á otorgarse como fuero á ningun municipio el Fuero Real (2).

Poco tiempo despues, en el año 1256, segun nos dice el mismo Rey, se comenzó á formar la obra más importante, verdaderamente monumental de aquellos tiempos, el Código de las Partidas (3), cuya terminacion tuvo lugar siete ó nueve años despues, merced á los fecundos trabajos de los jurisconsultos que tomaron parte en su redaccion. Fueron éstos, segun la opinion más generalmente admitida, el maestro Jácome Ruiz, *que despues por estas Partidas que fizo le llamaron Jacobo de las leyes* (4), el maestro Roldan, autor del *Ordenamiento en razon de las tafurerías*, y por último, Fernando Martinez.

¿Cuál fué el propósito que presidió á la formacion de este Código?

Dudoso es el propósito del Rey Sabio al formar las Siete Partidas. Parece, sin embargo, lo más probable que llevado por sus estudios al conocimiento del Derecho Romano, concibió la esperanza de que la bondad de estas leyes consiguieran sobreponerse á todos los fueros, llegando á ser el único Código que rigiese en sus Estados (5). Sin embargo, las Partidas, cuyo estudio recomendaba D. Alonso el Sabio, no fueron por él sancionadas como leyes, ó al ménos no aparece en la historia esa san-

(1) Marina opina que se formó en 1254, al mismo tiempo ó poco ántes del Fuero Real. *(Ensayo crítico sobre la legislacion castellana.)*

(2) EL FUERO REAL ha sido glosado por D. Alonso Díaz de Montalvo y D. Vicente Arias de Balboa, Obispo de Palencia.

(3) Este Código, que algunos han confundido con el Setenario, recibió, en sentir de Floranes, el nombre de *Libro de las posturas.*

(4) *Crónica de D. Alonso el Sabio.*—(Nota de Ambrosio Morales.)

(5) En el prólogo de las Partidas se lee: «Et fecimos este libro porque nos ayudemos nos del, e los otros que despues de nos vinieren, conociendo las cosas e oyendolas ciertamente... Et tomamos de los buenos fueros et de las buenas costumbres de Castiella et de Leon, et del derecho que fallamos que es más comunal et más provechoso por las gentes en todo el mundo: porque tenemos por bien et mandamos que se gobiernen por ellas et non por otra ley nin por otro fuero.

cion, quedando por consiguiente como un libro de doctrina jurídica y de enseñanza, hasta los tiempos del Ordenamiento de Alcalá, en que se dispuso que, á falta de otra ley nacional, se hiciera aplicacion de las «leis contenidas en los libros de las Siete Partidas que el Rey D. Alfonso mandó ordenar como quier que fasta aquí non se falle que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron habidas por leis (1).

¿Qué juicio debe merecernos la obra de D. Alonso el Sabio? La legislacion foral, que durante un período bastante largo de nuestra historia prestó grandes servicios y cumplió una mision de gran importancia, había llegado á encerrar inconvenientes que fué preciso corregir.

Si estos fueros especiales de cada localidad fueron un elemento de conquista poderoso; si dotando de cierto carácter de independencia á las villas y ciudades contribuyeron á que el feudalismo no existiera en España ó no se sintieran tan profundamente como otros países sus efectos; si como elemento político han influido en nuestra historia robusteciendo el poder del pueblo y dado á nuestra existencia política un aspecto progresivo en cuanto era ménos posible el absolutismo, no es ménos cierto que el régimen foral fué perdiendo su importancia, y que realizada ya su mision histórica y política, eran causa de anarquía y desorganizacion, á la que debiera hallarse correctivo. De aquí nació la idea unificadora iniciada por San Fernando y continuada por D. Alonso y que éste convirtió en verdadera idea de codificacion al escribir las Siete Partidas.

En cuanto este libro representaba esta idea de unidad y cohesion, no puede ménos de aplaudirse, por más que graves lunares oscurezcan su mérito jurídico.

Los autores hacen en general grandes elogios de este Código. Parécenos el más aceptable de los júicios formulados el del Sr. Laserna, que dice (2): «Si consideramos la anarquía legal que al subir al solio D. Alfonso reinaba en todos los pueblos sometidos á su cetro, no podremos ménos de alabar el pensamiento de establecer un Código general que al mismo tiempo que hiciera cesar la diferente condicion de sus súbditos, diera unidad y cohesion á todo el cuerpo político. No ménos encomios merece el tratar de buscar en el Derecho Romano los principios de justicia que ya estaban proclamados en su siglo por todos los hombres que algun crédito tenian en la república de las letras. A este propósito dice el Sr. Marina: *El pensamiento de reducir á compendio metódico la confusa y farraginosa coleccion de las Pandectas en tiempo de tanta ignorancia y de tan poca filosofía, fué un pensamiento atrevido y digno de un príncipe filósofo y superior á su siglo.* Si este Príncipe, si los que con tanto acierto coadyuvaron á sus ideas reformadoras llevando á término su propósito y dejándonos un monumento de su saber, de su laboriosidad y de su constancia hubieran sabido elevarse sobre las teorías estrechas de las escuelas de París, Bolonia y Salamanca; si sobreponiéndose á las ideas ultramontanas tan favoritas de aquella época hubieran fijado con arreglo á nuestras antiguas leyes las relaciones del Estado y de la Iglesia; si tomando de los antiguos fueros algunas instituciones útiles de que

(1) Ley 1.ª, tít. XXVIII del Ordenamiento.

De las Partidas se han hecho las siguientes ediciones: 1.ª por Montalvo en 1491: 2.ª por Gregorio López en 1555: 3.ª por la Academia de 1807. Se han hecho tambien algunas ediciones particulares y han sido objeto de los estudios de muchos jurisconsultos.

(2) *Introduccion histórica de las Partidas.* Edicion de 1848.

ni siquiera hicieron mencion, hubieran procurado conciliar lo existente con lo que creaban, y evitar innovaciones peligrosas en que el trono y la nacion quedaban defraudados de derechos que esencial y radicalmente les correspondían, su obra fuera mejor acogida por los contemporáneos y evitara los trastornos que con justicia se le atribuyen.»

Las leyes de los Adelantados, las llamadas leyes Nuevas y el Ordenamiento de Tafurerías, fueron cuerpos legales nacidos tambien en la época del Rey Sabio. La importancia de estas obras es muy pequeña, tratándose del Derecho civil.

Las leyes del Estilo, verdadera ley del procedimiento, tambien ha perdido casi por completo su valor, habiendo pasado alguna de sus leyes más notables á formar parte de la Nueva Recopilacion.

Vese, pues, que el reinado de Alfonso X fué notable bajo el punto de vista legislativo. En adelante la tendencia que se hace notar es muy diversa de la seguida anteriormente. Ya no se prodigan los fueros como en otros reinados; por el contrario, el espíritu de unificacion que se nota en la fusion de las diversas nacionalidades, trasciende á la legislacion, acentuándose cada vez más la necesidad de tener Códigos generales á toda la Nacion.

El espíritu sutilizador de los jurisconsultos hace necesarias nuevas reformas; así vemos que en el reinado de D. Alfonso XI aparece un nuevo Código, el Ordenamiento de Alcalá (1346), á cuya formacion presidió tambien el mismo espíritu de unidad. Pero quedaron en pié los antiguos fueros municipales y no se consiguió el objeto que su autor se propusiera, pues, sancionando las Partidas y dando leyes nuevas, se aumentó la oscuridad y la confusion que ya reinaban en nuestro Derecho.

De esta manera, creciendo el mal de día en día, llegó la época más memorable de la historia de nuestra patria, el reinado de los Reyes Católicos. En este tiempo cambia por completo la situacion política del país, lo cual trae consigo profundas variaciones en el órden civil, en la organizacion de tribunales, etc., etc.

En órden legislativo aparecen en primer lugar las Ordenanzas Reales de Castilla ú Ordenamiento de Montalvo (año 1480-484) (1), que á pesar de su autoridad no abolió los fueros municipales, ni, por lo tanto, consiguió la unificacion apetecida. Con posterioridad á este libro se formó una compilacion (año de 1503), que se denomina *Libro en que están copiladas algunas bullas de nuestro muy sancto Padre, concedidas en favor de la jurisdiccion real de sus altezas, é todas las pragmáticas que están fechas para la buena gobernacion del reino.*

Tambien pertenecen á esta época las *Leyes de Toro* (año de 1505). El carácter de estas leyes es más bien de aclaracion. No forman un Código, ni fueron dadas con este objeto, sinó con el de resolver muchas dudas nacidas sobre la interpretacion é inteligencia de leyes anteriores, cuyo dualismo, bien manifiesto en su distinto orígen y tendencias diversas, mantenía nuestro Derecho civil en ese estado lamentable de confusion é incertidumbre. Preciso es confesar, que no cortaron de raíz las Leyes de Toro el mal cuyo remedio se buscaba, pues si bien muchas dificultades se dieron por terminadas, no pocas surgieron de la inteligencia de las nuevas leyes, como lo prue-

(1) Clemencin. *Elogio de la Reina Católica Doña Isabel.* Ilustracion IX.

ban los voluminosos comentarios que se les han consagrado (1). Sin embargo, es innegable su gran influencia en la historia de la legislacion de Castilla, pues han desempeñado, y desempeñan todavía, un papel importantísimo en nuestro Derecho.

No quedaron con la publicacion de dichas leyes cumplidos los propósitos de los Reyes, ni se vió realizado el pensamiento de las Córtes.

La necesidad de un cuerpo de doctrina con exclusion de todas las leyes particulares dictadas en diferentes épocas y por motivos diversos, era cada día más notoria. Así lo comprendió Doña Isabel, y así lo recomendó eficazmente á sus sucesores en su codicilo de Medina del Campo (Noviembre de 1504). Pero la reforma no se hacía, y los procuradores de las provincias no cesaron de reclamar en Madrid y en Valladolid, cuantas veces se reunieron Córtes, á fin de que se acudiese á publicar un Código ó una compilacion.

Al cabo de repetidos esfuerzos y constantes excitaciones, se dió el oportuno encargo el Sr. Lopez Alcocer, y más tarde Guevara y Escudero, que no pudieron terminar los trabajos emprendidos. Felipe II confió entónces esta delicada mision á Arrieta, que terminó la obra, adquiriendo fuerza de ley en 1567 (2). La Nueva Recopilacion, que con tal nombre es conocida, no podía satisfacer la necesidad sentida por los grandes defectos que en ella se echan de ver, pues no comprende todas las leyes publicadas desde el Fuero Real y las Partidas y, «sobre la falta del debido órden y precisa division de títulos contenidos en cada libro, se incorporaron en unos leyes pertenecientes á otros, segun la materia de las disposiciones; advirtiéndose en todos la confusa mezcla de algunas respectivas á diversos ramos, y la dificultad de entender lo prevenido en cada una, y agregándose varias equivocaciones, así en el texto ó letra de las mismas leyes, como en sus epígrafes y notas marginales que las atribuyen á tiempos y reyes á que no corresponden» (3).

Despues de la Nueva Recopilacion y tras larga serie de trabajos y vicisitudes, se publicó (año de 1805), la Novísima Recopilacion formada por D. Juan de la Reguera. Este libro está lleno de inexactitudes y anacronismos, contiene muchas disposiciones derogadas, hay en él redundancias y repeticiones inútiles, y en cambio se omiten leyes de importancia; el plan con que se formó es inaceptable; en una palabra, está literalmente plagada de gravísimos defectos (4). Como se ve, el problema iniciado en tiempos de San Fernando, ha venido imponiéndose íntegro á traves de los numerosos trabajos acometidos infructuosamente para conseguir resolverlo. Desde mediados del siglo XIII se ha sentido una misma necesidad y se han agitado unos mismos propósitos, y cada día el problema se ha complicado más por la publicacion de nuevas leyes, y no se ha adelantado un solo paso en el camino emprendido.

Al comenzar este siglo, las reformas se suceden con más frecuencia, y merced á

(1) Han comentado las leyes de Toro, Antonio Gomez, Diego de Castillo, Miguel de Cifuentes, Juan Lopez de Palacios Rubios, Fernando Gomez Arias, Márcos Salon de Paz, Luis Velazquez de Avendaño, Juan Guillen de Cervántes, Tello Fernandez, Juan Alvarez Posadilla, Sancho Llamas y Molina y D. Francisco Pacheco.

(2) La Nueva *Recopilacion* de Arrieta ha sido comentada por Alfonso de Acevedo, Avendaño, Andres Angulo, Pedro Gonzalez de Salcedo, Alfonso de Narbona, Francisco Carrasco del Sanz, Juan de Matienzo, Tomas Carleval, Gaspar de Baeza y Juan Gutierrez.

(3) Real Cédula que precede á la Novísima Recopilacion.

(4) Marina, *Juicio crítico sobre la Novísima Recopilacion.*

ellas, nuestro Derecho sufre profundas alteraciones, pues apénas hay materia del mismo que no haya sido objeto de una ley que haya modificado más ó ménos sustancialmente el Derecho antiguo.

El nuevo espíritu que el mundo moderno desenvuelve, tiene una influencia marcadísima en el órden civil; de aquí las innumerables leyes hijas de nuestro siglo, que tan diverso carácter ha impreso en nuestra vida y en nuestro modo de ser y de pensar.

III

Tal es la situacion de nuestro Derecho, tales los elementos que han contribuído á formarlo y tal la historia penosa de su elaboracion.

Cuando las corrientes de las nuevas ideas que se apoderaron de todos los espíritus, crearon las escuelas filosóficas cuya intervencion en los destinos de la humanidad ha sido tan grande, sobrevino la revolucion francesa, creadora de una vida completamente diversa, y en una palabra, dió comienzo un nuevo período de la historia, cuyo carácter principal es la renovacion y el progreso.

Entónces se planteó de lleno el problema de la codificacion, problema complicado, al cual vienen factores muy complejos, y que en nuestro país permanece aún sin resolver.

La idea de que unos mismos Códigos y unas mismas leyes rigiesen en todos los dominios españoles, nació con el gobierno representativo. Eco de las nuevas ideas que vinieron á la vida en la época moderna, la Constitucion de 1812 escribió en su artículo 258, la necesidad de esta legislacion uniforme é igual. Desde aquella época, con suerte varia, se ha reproducido constantemente la misma idea hasta nuestros días, en que, si el problema se ha resuelto en órden penal, mercantil y de procedimientos, donde se presentaba con ménos escollos, no ha tenido la misma suerte en el órden civil, objeto principal de nuestro estudio.

Al nacer el problema de la codificacion, se presentó con caractéres de inmensa gravedad.

En Francia fué hijo de la revolucion más bien que de una necesidad impuesta por la ciencia; en otros pueblos, donde era fácil formar Códigos á causa del estado de su legislacion más uniforme áun cuando fuere más confusa, nacieron tambien Códigos de mérito diverso.

En Alemania el problema adquirió carácter nuevo, merced á las notabilísimas polémicas iniciadas por Thibaut y brillantemente sostenidas por Savigny.

¿Qué es la codificacion? Codificar no es simplemente reunir leyes, compilar preceptos, amontonar reglas: es formar un cuerpo de doctrina, obra de un legislador inspirado en un criterio fijo, y presidido por una unidad superior á la que se subordinan todos los preceptos que en él se consignan, es el conjunto armónico de leyes referentes á un órden de la vida ó del Derecho, inspirado en una misma filosofía, desarrollado con arreglo á un plan científico y que ha de obligar por igual á todos los habitantes de un territorio. Así son Códigos el de comercio, el penal y el de procedimientos.

El célebre Thibaut reclamó para Alemania un Código civil, toda vez que el antiguo Derecho aleman y el Derecho canónico eran incompletos y oscuros, y por otra parte el romano no era aceptable dadas las antipatías profundas entre el genio aleman y el romano. El Derecho, añadía, no es, como se pretende, eminentemente variable, el Derecho que dirige á las sociedades y triunfa de los hábitos y de las inclinaciones de los hombres, ha de estar revestido de cierto carácter de permanencia, que hace posible y necesario un Código cuyos preceptos no se reformen de continuo.

Pero el pensamiento de Thibaut, acogido con aplauso por gran número de filósofos y jurisconsultos, atrajo sobre sí las impugnaciones de una escuela que amaba la tradicion, la escuela de Savigny.

La escuela *histórica*, venida al palenque de las ideas con la mision de rehabilitar un elemento olvidado en la época en que dicha escuela nació, acabó por exagerar sus doctrinas, y pretendiendo separar de todo conocimiento el elemento filosófico, solamente á la historia y á la tradicion consagró sus estudios y concedió verdadera importancia. De este modo, inspirándose únicamente en aquello que la tradicion consignaba y que la historia les había enseñado, se opusieron tenazmente al espíritu reformador de la escuela de Thibaut.

El fuego de la polémica tal vez extremó los argumentos y las opiniones más de lo que los fundadores de ambas escuelas hubieran deseado y fuera conveniente; así es que llegaron á conceder tal importancia á los estudios filosóficos é históricos respectivamente, que prescindieron por completo de todo otro elemento influyente en la legislacion de los pueblos.

Las doctrinas filosóficas,—decía Savigny,—nacidas en la última mitad del siglo XVIII, han promovido el espíritu codificador, porque despreciando los filósofos todo aquello que era original é histórico, se abandonaron á los ensueños de una perfeccion indefinida y universal, pretendiendo Códigos nuevos y abstractos, inspirados única y exclusivamente en la ciencia, sin tener para nadie en cuenta el presente y el pasado de los pueblos.

Se quería dictar á las naciones un porvenir sin término de solucion con el pasado, como si la vida de un pais comenzase en aquel momento y como si los hábitos, las costumbres y la legislacion habidas hasta entónces, pudieran borrarse en un solo instante para dar comienzo á una época nueva é independiente de los yugos de las que precedieron.

Ademas,—añade Savigny,—¿en qué época ha de hacerse el Código? Si se redacta cuando la ciencia es débil y pobre, la obra será evidentemente funesta; es preciso esperar para dictarlo á la época en que la ciencia florezca, en que su desarrollo sea perfecto y completo, en que sea posible asentarlo en bases sólidas y principios fundamentales. Ahora bien, cuando un pueblo nace, cuando es todavía jóven, el Código no puede formarse, porque la lengua es torpe y el concepto del Derecho no está desenvuelto.

Cuando un pueblo decae, el Código no puede ser bueno, por más que sea entónces muy necesario. El tiempo medio, la edad de oro de cada pueblo, concluye el fundador de la escuela histórica, es el único en que podía formarse un Código científico y progresivo, pero entónces no se experimenta la necesidad del Código: se conocería

tal vez para los tiempos ménos prósperos, pero los siglos fuertes y poderosos no están dispuestos á prever la debilidad de los que han de sucederles.

Como ejemplo y corroboracion, afirmaciones presenta Savigny al pueblo romano.

El largo período de la república romana fué una perfecta armonía entre las exigencias del pasado y las reformas sugeridas por el progreso; jamas se entabló la lucha entre la ciencia y la tradicion: de aquí nacieron las ficciones del Derecho, mediante las cuales se respetaba lo existente y se abría la puerta á las reformas: por eso al lado de la herencia colocaron la *bonorum possesio*, al lado de la reivindicacion la accion *publiciana* y al lado de las acciones *directas* las acciones *útiles*. Entónces no se pensó en un Código, como tampoco en la época de Papiniano, de Ulpiano y de Paulo; pero en el siglo VI, cuando todo respiraba debilidad y corrupcion, se sucedieron rápidamente varios Códigos: el edicto de Teodorico, el Breviario de Aniano, el de Papiano y los libros de Justiniano.

Thibaut acudió á contestar á Savigny en nombre de la escuela filosófica. El debate fué brillantisimo, y dió por resultado el que los pueblos que por entónces no tenían Código se apresuraron á formarlo.

En nuestro sentir, Savigny ha exagerado la importancia y significacion del elemento tradicional ó histórico del Derecho, como Thibaut ha concedido quizá demasiado alcance á los principios de la filosofía.

No es la historia fuente de verdad para el Derecho que deba ser atendida con exclusion de toda otra, porque si de los hechos históricos hubiéramos de deducir por medio de generalizaciones ideas fundamentales, saldrían á nuestro paso los hechos contradictorios de que la historia nos ofrece muestra, y segun partiera la generalizacion de unos ó de otros acontecimientos, resultarían verdades completamente diversas y áun contradictorias; y si por la inversa pudiéramos elegir como base para la generalizacion ciertos y determinados hechos, abandonando y despreciando otros, era evidente que teníamos un concepto jurídico anterior que haría innecesario el procedimiento histórico con el cual se pretende obtener aquel concepto.

Tomar el legislador como base para sus estudios los dictados de la filosofía, prescindiendo de la historia, tampoco lo creemos práctico, porque equivaldría á sentar principios abstractos é ideales de imposible aplicacion. Las doctrinas creadas por la ciencia, con no ser absolutamente perfectas, alcanzan no obstante un grado de perfeccion que aventaja en mucho á la perfeccion que en el terreno de la práctica es factible y hacedera.

Por eso entendemos que la verdadera ciencia del político y del legislador consiste pura y simplemente en armonizar la filosofía con la historia, los ideales de la ciencia con las necesidades del momento, porque la tradicion, las costumbres y las instituciones que viven son susceptibles de trasformacion y de cambio, pero jamas se borran ó se arrancan sin dejar indeleble huella.

No todo lo que la ciencia enseña como verdad conquistada por el estudio, puede tener inmediata aplicacion; pretender que los pueblos la acepten tan luégo como es nacida, es tanto como ambicionar un imposible, porque la verdad como la luz que nace, comienza por herir con sus rayos las crestas de los montes más elevados, y sólo despues de larga carrera inunda de calor y vida otros montes más bajos, y luégo los

prados y campiñas; entónces, y sólo entónces, cuando todas las inteligencias han recibido el fuego regenerador de la nueva idea, puede ésta practicarse en toda su significacion y trascendencia; ántes se hubiera rebasado el límite de lo posible y la reforma hubiera sido la revolucion.

Resulta, pues, que toda reforma fundamental, cuando se trata de legislacion, tiene dos elementos principales, uno filosófico, otro histórico, y que no es posible desatender ninguno de ellos, pues que omitir alguno equivale á cerrar los ojos para no leer en las reformas del porvenir, ó á borrar la historia para olvidar las experiencias del pasado.

Pero ¿debe codificarse? Durante muchos siglos las exigencias de nuestro Derecho quedaban reducidas á la compilacion y á la unificacion. El número inmenso de leyes diseminadas; la variedad de fueros que en Cataluña, en Navarra, en Aragon, en las Vascongadas y en muchas otras provincias conservan su fuerza y su prestigio; el desórden completo á que esto daba lugar, aconsejaron constantemente que se acometieran con valor los trabajos de unificacion. Entónces hubiera sido más lógico caminar por medio de reformas que al plantearse se impusieran con carácter general, así de una manera lenta hubiérase obtenido el fin á que se aspiraba.

Pero llega nuestro siglo, el espíritu de la revolucion francesa lo invade todo, y sobreviene la gran reforma en política, en administracion, en ideales, en costumbres y en Derecho.

Las Córtes de Cádiz lanzan valientemente la idea de un Código nacional. Mas el espíritu del siglo no se había infiltrado aún en nuestro pueblo, la idea codificadora no estaba popularizada, ni lo ha estado en mucho tiempo: por eso aquel proyecto y cien más que han seguido despues han sido inútiles é infructuosos.

De entónces acá las condiciones de la vida han variado de una manera notable. No ya en órden político, sinó en órden civil se han llevado á cabo reformas esencialísimas que han sido otros tantos pasos para la codificacion. Obtúvose ésta en materia penal, donde era más urgente, porque el derecho penal acababa de nacer entónces con carácteres de verdadera ciencia de que ántes, reducido á una serie de castigos sin obedecer á método y desprovistas de fines jurídicos, carecía por completo. Realizóse tambien en cuanto al comercio, merced al desarrollo de las escuelas económicas, y se llevó á cabo en materia de procedimientos por la imperiosa necesidad de organizar los tribunales, siquiera fuera de una manera imperfecta.

Mas el Derecho civil ha permanecido en la misma situacion, sin llegar en todo lo que va de siglo á dictarse un Código aceptable.

Cuáles sean los obstáculos que á esta obra se han opuesto, y los inconvenientes que ha tropezado en su realizacion, no hemos de consignarlos aquí.

IV

Larga é importante es la historia de la codificacion en España. Ya en los albores del pasado siglo comenzó á acentuarse la necesidad de reformar nuestro Derecho en muchas de sus partes.

En tiempos de Felipe V, el eminente Macanaz, denunciando errores y haciendo

profundos estudios en nuestra legislacion, inició el movimiento que más tarde, y merced á idénticos trabajos llevados á cabo por Campomanes, por Floridablanca y por Jovellanos, había de preparar el camino de las reformas primero y de una codificacion completa despues.

El renombrado Consejo de Castilla se había ocupado con asiduidad y detenimiento de la reforma de nuestra legislacion. Sus misteriosos trabajos no han visto la luz pública, y, por tanto, no han podido influir en las reformas llevadas á cabo en tiempos posteriores. Parece que se trataba, no de formar un verdadero Código, sinó de reformar la Recopilacion, eliminando de ella leyes defectuosas, introduciendo así, como de pasada, algunas modificaciones reclamadas de antiguo por la ciencia. ¿Qué trabajos había practicado el Consejo de Castilla? Hé aquí lo que la Comision de las Córtes de 1821 expuso sobre esta materia: «La opinion les atribuía gran mérito, como sucede ordinariamente con todas las obras misteriosas y trabajadas clandestinamente, que se alaban porque no se conocen, y no se conocen porque jamas se han publicado ni expuesto á la censura de los inteligentes. La Comision tuvo el disgusto de no encontrar en esta indigesta coleccion sinó borradores, apuntamientos, piezas incompletas, trozos incoherentes y no bien acabados, disertaciones escolástico-forenses, digresiones tan prolijas como importunas, y lo que en su clase no carece de algun mérito, un extracto literal y circunstanciado de todas las leyes penales que se han publicado en los principales cuerpos de nuestro Derecho, dispuestos por el órden de los títulos y leyes de la Recopilacion, con anotaciones marginales en que se advierten las correspondencias de otros Códigos, y sus antilogías y concordancias. Todo parece que se iba preparando para hacer algunas mejoras en la proyectada edicion novísima del Código recopilado; mas el objeto no era introducir las saludables innovaciones y convenientes reformas de que tanto necesitaba, sinó sostener y conservar el antiguo y vicioso sistema, las mismas bases, las mismas penas y tantas leyes y títulos intempestivos en el día, como por ejemplo, lo de la Santa Trinidad y de la fe católica, de los judios y de su expulsion de estos reinos, de los moros y moriscos, de los herejes y excomulgados, de los adivinos, hechiceros y agoreros, de los juramentos y perjurios, de los sacrilegios, de las usuras y logros, de la sodomía y bestialidad, con otros que no deben ocupar ningun sitio ni insertarse directamente en un Código criminal.»

En 1811, á instancias del diputado Sr. Espiga, se nombraron diversas Comisiones con el encargo de formar algunos Códigos, previniendo á estas comisiones, que formasen «cada una un cuerpo de leyes respectivo á su atribucion, valiéndose de las sabias leyes que hay en nuestros Códigos, dejando aquéllas que, hijas del tiempo en que fueron dictadas, no son análogas á nuestras circunstancias, modificando las que deben sufrir alguna alteracion, y estableciendo otras si así lo exigiesen nuestras relaciones.»

En 1813 el Sr. Martinez expuso de nuevo la necesidad de que se nombrasen Comisiones para la codificacion civil, mercantil, penal y de procedimientos. Discutióse sobre si estas Comisiones habían de componerse de diputados, ó si, por el contrario, sería más conveniente que se nombrase para ellas personas de fuera del Congreso, siempre que tuvieran reconocida ilustracion. Esta última opinion prevaleció al fin; pero las Comisiones nombradas no llegaron á formular proyecto ninguno.

En 1820, restablecido el Gobierno constitucional, renació tambien la idea de

codificacion, y se nombraron algunas Comisiones con este encargo. Al año siguiente la Comision del Código penal terminó su proyecto, y la del civil presentó el proyecto del libro primero, unido á un discurso preliminar extenso é ilustrado.

Interrumpiéronse los trabajos de codificacion en 1823. Sin embargo, en 1833, vigente aún el sistema absoluto, fué designado el Sr. D. Manuel María Cambronero para redactar un proyecto de Código civil. La muerte de este célebre jurisconsulto puso término á sus concienzudos trabajos.

En 1837 nombróse una Comision presidida por D. José Ayuso y Navarro, Consejero de Castilla y antiguo catedrático de Salamanca, que redactó un proyecto de Código civil, presentándolo al Gobierno en el año de 1836, precedido de una Memoria explicativa de bastante mérito. Este proyecto fué presentado á las Córtes; pero ni fué discutido ni aprobado, tal vez por falta de espacio ó acaso por obstáculos de índole diversa.

En 1839 nombróse (siendo ministro el Sr. Arrazola) una Comision compuesta de los Sres. Garelly, presidente del Tribunal Supremo, D. Joaquin Tarancon, catedrático de la Universidad de Valladolid y obispo de Zamora, y D. Manuel Barrio Ayuso, ministro del Tribunal Supremo de Justicia, con el objeto de que reformaran el proyecto presentado en 1836 á las Córtes, á fin de armonizarlo con las otras leyes vigentes á la sazon.

Terminados ó casi terminados estos trabajos de reforma, no llegaron á presentarse á las Córtes por los cambios políticos de entónces, quedando paralizados todos los trabajos hasta 1841, en que una nueva Comision presidida por D. Alvaro Gomez Becerra recibió el encargo de continuar la obra de codificacion.

Suspendiéronse en breve los trabajos de la Comision nuevamente nombrada, hasta que en 1843 se creó ya la primera Comision general de Códigos.

Ésta, compuesta de personas eminentes y de gran reputacion en el foro, comenzó por sentar algunas bases sobre las que habia de girar todo el sistema de Códigos, como la unidad de fuero, la aplicacion de los nuevos Códigos á todas las provincias (ménos á Ultramar), sin menoscabo de los derechos adquiridos y áun de las esperanzas legítimas, la exclusion del jurado, excepto para los delitos de imprenta, y otras que fueron aceptadas por el Gobierno que presidía D. Joaquin María Lopez, no sin exigir ántes respecto del jurado un nuevo informe á la Comision, por cuanto uno de sus individuos habia disentido en punto tan importante.

Terminado casi el Código penal, y bastante adelantada la redaccion del civil, fué suprimida la Comision en 31 de Julio de 1846.

Mas en 11 de Setiembre del mismo año estableciése de nuevo, compuesta de menor número de individuos, y continuó los trabajos de la anterior. Trabajóse en la confeccion de la Ley Hipotecaria, y se formó un Código de procedimientos civiles que no llegó á ser aprobado. Tambien quedó terminado el proyecto de Código civil, que se presentó al Gobierno en 5 de Mayo de 1851.

El Gobierno presidido por Bravo Murillo se manifestó satisfecho del celo y laboriosidad de la Comision, proponiéndose recompensar á sus individuos por sus merecimientos; mas no hizo suyo el proyecto ni llegó á aprobarse.

Son notables las consideraciones en que se fundó el Gobierno al aplazar la aprobacion del proyecto.

Hé aquí estos considerandos:

1.° «Que no obstante, que generalmente se limitó la Comision á redactar clara y sencillamente, con notables mejoras, las disposiciones dispersas en diversos cuerpos legales nacionales, decidiendo y aclarando muchos puntos oscuros ó controvertibles, y destruyendo los abusos y malas prácticas introducidas en el foro por las vicisitudes de los tiempos, es siempre de suma gravedad y trascendencia toda obra de esta clase, porque sus disposiciones afectan esencialmente las relaciones entre la familia y el órden social, la de las familias mismas y los particulares entre sí, reglando lo tocante á las transacciones y á los derechos é intereses privados de todos.

2.° »Que la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres, varias y complicadas, no sólo en determinados territorios de la monarquía, que en otro tiempo formaron Estados independientes, sino hasta en no pocos pueblos pertenecientes á provincias en que por lo general se observan los Códigos de Castilla, aumenta considerablemente las dificultades y obstáculos que siempre ofrece la publicacion y ejecucion de todo Código general.

3.° »Que es conveniente y necesario que ántes de tomar resolucion definitiva, sin perjuício de que el Gobierno pueda presentar á las Córtes los proyectos oportunos sobre determinadas materias de notoria conveniencia, ó que no ofrezcan graves obstáculos y dificultades para su aplicacion general, se discuta previamente por personas competentes para ello, se ilustre y prepare la opinion, y se reunan y adquieran los datos y conocimientos generales y locales, que, sin duda, habrá procurado adquirir por su parte la Comision, y en cuanto haya sido posible, á fin de que los Cuerpos Colegisladores y el Gobierno puedan apreciar debidamente las disposiciones del proyecto, é introducir en él las alteraciones y mejoras de que aún pueda ser susceptible, tanto en la parte esencial y permanente, como para efectuar convenientemente el tránsito de la legislacion provincial ó local á la nueva, en los puntos que lo exija, garantizando, cuanto sea dable, los derechos adquiridos.»

Sin embargo, se publicó el Proyecto, y se excitó á los tribunales para que emitieran su opinion sobre lo que estimaren más conveniente en punto á las reformas y á sus ventajas, remitiendo al mismo tiempo los datos en que fundaron sus observaciones. Igual excitacion se hizo á los tribunales de fuero especial, á las facultades de Jurisprudencia de las Universidades, y á las demas personas cuya opinion pudiera ilustrar acerca de las diversas materias contenidas en el Proyecto.

En Enero de 1854 se creó otra Comision con objeto de que indicara ó propusiera las reformas que en materia de procedimientos civiles fueran necesarias. En 18 de Agosto del mismo año fué suprimida la Comision general, dejando, no obstante, subsistente la nombrada en Enero de aquel año, á la cual en 1855 se encomendó la revision del proyecto de Código civil primero, la formacion de la Ley Hipotecaria poco despues, y por último la reforma de Código penal.

Como se ve, los trabajos llevados á cabo en todo este tiempo, lo fueron sin método ninguno y sin obedecer á plan fijo de ninguna clase. Así que, comprendiéndose por el Gobierno que á esto se debía el poco fruto de estas Comisiones, al crear la de 1856, dijo: «El señalamiento anticipado de un método que parecerá á primera vista de escasa importancia, será, sin embargo, de una inmensa trascendencia. Sin determinar primeramente la organizacion de los tribunales, su respecti-

va jurisdiccion y la forma en que han de conocer en los negocios de su competencia, no es posible adelantar un solo paso en la redaccion de una ley de Enjuiciamiento criminal; y la razon es tan sencilla como evidente. Segun que en la ley constitutiva de los tribunales triunfe este ó el otro principio filosófico de los que se disputan la preferencia en la region de las teorías, así ha de ser tambien diferente el órden de proceder en los juícios, y así podrá haber entre una y otros el perfecto y deseado acuerdo. La ciencia no ha dicho todavía su última palabra sobre las cuestiones de procedimientos. Si la jurisdiccion civil y criminal ha de encomendarse á unos mismos tribunales; si ha de haber una ó dos instancias en materia penal; si han de ser juzgados unipersonales ó tribunales colegiados los que entiendan en la ordenacion y fallo de los procesos, y si las actuaciones sumarias han de confiarse á jueces puramente instructores, ó conviene más otro método, son otros tantos problemas de dudosa resolucion; porque no basta consultar en esta materia los consejos de la filosofía, si no se tienen muy en cuenta á la vez las costumbres y las tradiciones de nuestro pueblo, las circunstancias del país y los recursos del crédito. Hallada la solucion conveniente á todas estas dificultades en la Ley de organizacion judicial, la redaccion del proyecto criminal, ántes imposible, es fácil y hacedera, así como la reforma del Código penal vigente, que reclaman con preferencia las necesidades de la época. La Comision podrá ocuparse en último término en la redaccion del Código civil, que ha de ser el complemento de su obra, pero que, por lo mismo que es inmensa su importancia, merece meditarse con detencion, para no llevar á las instituciones fundamentales de la propiedad y de la familia innovaciones violentas y perturbadoras.»

En Setiembre del mismo año el nuevo Ministro de Gracia y Justicia opinó de distinto modo que su antecesor, y dispuso que se comenzasen los trabajos para el Código de procedimiento criminal, por cuanto ni el estado del Tesoro ni otras causas permitían hacer modificaciones esenciales en la organizacion judicial.

Esta Comision general de codificacion subsistió hasta 1.° de Octubre de 1869, en que fué suprimida.

Sería indisculpable omision por parte nuestra el pasar en silencio la notabilísima Ley Hipotecaria que merece ocupar por su relevante mérito un lugar distinguido en el cuadro de la legislacion territorial de Europa. El antiguo y vicioso sistema de hipotecas generales y ocultas llevaba consigo graves males, no sólo por la escasa garantía que prestaban á las obligaciones, sinó tambien por las trabas que ponía al libre desarrollo del crédito territorial. El interes económico y la ciencia reclamaban de consuno grandes reformas, y la nueva ley dictada en 1861, tomando por base la especialidad y la publicidad de los derechos hipotecarios, dió nueva vida á la contratacion y sólidas garantías al dominio. Sin detenernos á examinar los diversos sistemas que en materia de hipotecas imperan en las legislaciones más notables de Europa, hemos de consignar, que cualquiera que sea el que se juzgue preferible, jamas podrán dejar de ser las bases más importantes de todo sistema hipotecario científicamente organizado los dos puntos principales ántes indicados, esto es, especialidad de las hipotecas y la publicidad de las inscripciones.

Obedeciendo más á necesidades que imponían ciertos temperamentos de avenencia en el transitorio período del antiguo y confuso estado al claro y definido que

venía á establecer la nueva ley, fué ésta reformada con la autoridad de las Córtes en 1870, sin que despues hayan faltado conatos de reforma más ó ménos explícitos, pero ciertamente ménos legítimos, ya que solamente al poder legislativo incumbe mision tan alta.

La Revolucion de 1868, que llevó al terreno de la práctica ideas y aspiraciones que se agitaban en la conciencia de todos los ciudadanos, hubo de ser fecunda en reformas legislativas, que como la ley del Matrimonio civil, la del Registro, la Orgánica del poder judicial, la de establecimiento de recursos de casacion y revision en lo criminal, reforma en la Casacion civil, la de Enjuiciamiento criminal con el Jurado, y algunas otras no pueden ser objeto de nuestro juício, por razones que desde luégo se comprenden.

De aquellos trabajos apénas quedan más que desordenados restos.

Causas puramente históricas, y como históricas accidentales y transitorias, han venido á hacer ineficaz la reforma revolucionaria. La legislacion nacional, por consiguiente, continúa en estado de lenta formacion, avanzando y retrocediendo al compas de las oscilaciones políticas y sintiendo con intensidad, por desgracia demasiado notable, el influjo de los intereses, de las necesidades y hasta de las ardientes pasiones de los partidos, sin que hasta ahora sea posible vislumbrar el término de este período.

Quiera el cielo que pronto halle definitivo asiento en el templo de la justicia el arca santa de las leyes que definen y sancionan los derechos de los ciudadanos y los sagrados intereses de la familia y de la propiedad privada.

E. MONTERO RÍOS.

AL EXCELENTÍSIMO SEÑOR

DON EUGENIO MONTERO RIOS.

Los consejos de V. y sus profundas enseñanzas han servido de base á mis estudios: á V. por lo mismo corresponden las primicias.

Por otra parte, el nombre de V. puesto al frente de este libro llena todas sus páginas; justo es que la gratitud y el reconocimiento llenen por completo mi corazon.

Su cariñoso y respetuoso discípulo

Mario Navarro Amandi.

Mayo 1880.

CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA

TÍTULO PRELIMINAR

DE LAS LEYES Y SUS EFECTOS

Artículo 1.º—Las leyes son igualmente obligatorias para todos (*a*), desde el momento que en ellas se designe, y en su defecto desde su publicacion oficial en cada capital de provincia y cuatro días despues en los pueblos (*b*), sin que ántes puedan ser cumplidas (*c*).

ORÍGENES

(*a*) Leyes 4.ª, 15 y 16, tit. I, Partida 1.ª
Ley 3.ª, tit. II, lib. I, Fuero Juzgo.
Ley 3.ª, tít. I, lib. I, Fuero Juzgo.
Ley 2.ª, tít. I, lib. II, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. VI, lib. I, Fuero Real.
Ley 1.ª, tit. III, lib. III, Nov. Rec.
Ley 4.ª, tít. II, lib. III, Nov. Rec.

(*b*) Ley 4.ª, tít. II, lib. I, Fuero Juzgo.
Ley 2.ª, tít. VI, lib. I, Fuero Real.
R. O. 5 Setiembre 1848.
Decreto de Córtes 5 Junio 1823.
Art. 81 de la L. Orgánic. prov. 21 Oct. 1868.
Art. 10, cap. II, tit. II, ley 25 Setbre. 1863.
Real Decreto 9 Marzo 1851.

(*c*) Ley 12, tít. II, lib. III, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1.º Cód. Francia.—8.º Sardo.—4.º y 7.º Luisiana.—1.º Holanda.—2.º Austria.—6.º Baviera.—11 Prusia.—Ley 9.ª, tít. XIV, lib. I del Cód. y en parte con el 1.º Italia.

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Julio 1860 (1).
Sent. 8 Octubre 1862.
La ley de 11 Octubre 1820 sobre desvinculaciones, empezó á regir desde el día de su fecha y no desde el de su promulgacion (Sentencias 17 Julio 1850.—10 Setbre. 1864.—9 Mayo 1867, y 6 Mayo 1868).

COMENTARIO

Constituído el derecho en cuanto se pone en ejercicio por la ley ó leyes que han de regir un órden de vida más ó ménos comprensivo, se nos presenta desde luégo como idea inconcusa si ha de ser verdad el concepto del derecho como un conjunto de relaciones necesarias en la vida, la de que la ley, expresion y trasunto fiel de ese derecho, sea obligatoria. Dejando á un lado, como ocioso en este lugar, las divisiones del derecho á que responden necesariamente divisiones análogas en las leyes, desde luégo el derecho privado, y por tanto la ley que gobierna á los ciudadanos en los negocios relativos á los intereses de cada uno, ha de ser de ineludible cumplimiento si se ha de dar á cada uno lo suyo y se ha de vivir honestamente, fines que á aquél se asignan.

La ley no sólo contiene sabias máximas y principios de moralidad que deban seguirse co-

(1) Las sentencias citadas únicamente por sus fechas confirman sin modificacion la doctrina del artículo.

mo saludables consejos, sinó que, como dice la ley 4.ª, tít. I, Partida 1.ª, *e escrito que liga e apremia la vida del home que no faga mal.*

Nuestras leyes, desde el Fuero Juzgo, sientan el principio de que la observancia de la ley ha de ser general *á los varones cuemo á las mujeres, e á los grandes cuemo á los pequennos, á los sabios cuemo á los non sabios, á los fijosdalgo cuemo á los villanos*, el Fuero Real añade... *y es guarda del Rey y de los pueblos*, y lo mismo consignan las leyes de Partida.

«*Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*,» dice Ulpiano.

El privilegio y el beneficio singular, excepciones legales en favor de un individuo ó de una localidad, que respondían á principios é instituciones de otros tiempos, han venido á ser inadmisibles en la época actual, y omitimos por tanto ocuparnos de ellos.

Formada y sancionada la ley, está ya revestida de toda fuerza y valor; pero no puede hacerse ejecutiva hasta tanto que se promulga, es decir, hasta que de una manera oficial se pone en conocimiento de todos para que la cumplan. ¿Qué valor tendría un acto verificado con arreglo á una ley sancionada, pero áun no promulgada? La promulgacion es un requisito indispensable, de manera que sin él ni puede ni debe cumplirse la ley, porque sobre poder lesionarse en algun caso los intereses de un tercero, la uniformidad, el órden y el buen gobierno de los pueblos exigen la promulgacion como único medio de publicidad, y la fecha de ésta como punto á partir del cual sea posible su cumplimiento.

¿Es preferible el término único ó el progresivo para dar fuerza á las leyes? El Código frances y otros optan por el progresivo. En nuestro concepto, el término único que á primera vista parece ménos justo, es no obstante preferible.

Conviene muchas veces, bien porque la ley es difícil y es preciso que el pueblo la estudie detenidamente, bien porque sólo en cierta época sea aplicable, bien porque á su planteamiento sea necesario que precedan ciertas reformas, bien por otras razones, que la ley no empiece á tener fuerza de tal inmediatamente, sinó algun tiempo despues, y entónces la ley misma señala el dia en que ha de comenzar á obligar. Esto sucede, por ejemplo, con las leyes de Presupuestos cuando se promulgan ántes de 1.° de Julio, y ha sucedido con otras leyes.

¿Y si la ley señala una fecha anterior á la de su promulgacion ó á la de su formacion? De lo primero es ejemplo la ley de 1820 sobre desvinculacion: véase la jurisprudencia: lo segundo sería un verdadero caso de retroactividad.

Artículo 2.°—La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento.

ORÍGENES

Ley 20, tít. I, Partida 1.ª
Ley 31, tít. XIV, Partida 5.ª
Ley 3.ª, tít. I, lib. II, Fuero Juzgo.
Ley 5.ª, tít. IV, lib. VI, Fuero Juzgo.
Ley 4.ª, tít. VI, lib. I, Fuero Real.
Ley 2.ª, tít. II, lib. III, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 7.° Cód. Luisiana.—2.° Austria.—7.° Baviera.—Ley 9.ª, tít. VI, libro XXII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. de Cas. 8 Octubre 1862.
Sent. de Cas. 25 Octubre 1873.
Sent. de Cas. 10 Diciembre 1873.
Sent. de Nul. 9 Mayo 1867.

COMENTARIO

«*Ca si hiciere contra ley, que no se pueda escusar de culpa por no las saber*,» dice la ley Recopilada. Este precepto es complemento necesario del establecido en el artículo anterior; siendo la ley obligatoria, no ha de servir de excusa su ignorancia si no se quiere dejar ancho camino para su inobservancia más completa.

La ley de Partida señaló algunas excepciones en favor de las mujeres, rústicos, militares, etc., pero entendemos, á pesar de existir en contra opiniones muy respetables, que estas leyes están derogadas por la Novísima, no solamente porque la generalidad de las leyes es una condicion necesaria en las mismas y porque si se otorgaran esas excepciones casi todos encontrarían medio de escaparse á su observancia, sinó porque, admitidos estos privilegios, sería preciso ampliarlos de tal manera que la excepcion sería estar sometido á su cumplimiento y la regla comun hallarse exento, y sobre todo porque el precepto de la Nov. Rec. es claro y terminante.

La obligacion del ciudadano es no sólo cumplir la ley, sinó conocerla.

Pero, ¿y si se justificase de una manera completa y perfecta que si se ignoraba la ley era por absoluta imposibilidad de conocerla?

En nuestro entender, y una vez justificado de

una manera indubitable que era imposible el conocimiento de la ley, debe esto servir de excusa en su cumplimiento, porque entónces la ignorancia no es voluntaria ni depende de negligencia, sinó de obstáculos insuperables.

Artículo 3.°—La ley dispone para el porvenir; no tiene efecto retroactivo, salvo en el caso del art. 23 del Código penal.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XIV, Partida 3.ª
Ley 1.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Real.
Ley 200 Estilo.
Ley 13, tít. XVII, lib. X, Nov. Rec.
Art. 16, Constitucion 1876.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2.° Cód. Italia.—2.° Francia.—4.° Holanda—5.° Austria.—1.° Vaud.—8.° Luisiana.—2.° Nápoles.—Ley 22, tít. III, lib. I, Digesto.—Ley 7.ª, tít. XIV, lib. I, Código.

JURISPRUDENCIA

Sent. de Nul. 22 Enero 1849.
Sent. de Nul. 13 Abril 1863.
Sent. de Nul. 8 Enero 1869.

La ley de 16 Mayo 1835 sobre bienes mostrencos, derogatoria de las leyes 7.ª y 8.ª, tít. XXII, lib. X, Nov. Rec., tiene efecto retroactivo. (Sent. 15 Enero 1867.)

COMENTARIO

«Las leyes tienen por oficio arreglar lo futuro; lo pasado no está ya en su poder, decía M. Portalis: no exijamos que los hombres sean ántes de la ley lo que no deben ser sinó por ella.»

Este principio de moral legislativa ha sido más bien respetado que consagrado por los legisladores; mas á pesar de su sencillez aparente, ha dado lugar á dudas y discusiones de resolucion difícil.

Desde los tiempos más antiguos se han publicado leyes declarando la nulidad de ciertos actos. Sirva de ejemplo la cédula de 1511 de Don Fernando y Doña Juana, mandando que las Leyes de Toro se cumpliesen áun cuando se tratase de pleitos acaecidos ántes de la formacion de dichas leyes, ménos aquellas que expresamente dijeran lo contrario, y la ley de 1820 que suprimió las vinculaciones no solamente para el porvenir sinó las que ya existian.

Siendo el principio de la no retroactividad una garantía contra los caprichos del legislador que pudieran atentar á nuestra propiedad y derechos adquiridos al amparo de una legislacion, los autores sientan como regla general que las leyes no pueden ser retroactivas á ménos que beneficien á los individuos ó á la causa pública, sin perjudicar el derecho de tercero ya adquirido.

Sin embargo, esta regla, cierta en el mayor número de casos, no nos indica un camino seguro para resolver todos los problemas de retroactividad, y es preferible tener presentes las variaciones que experimenta, segun se refiera á la capacidad, contratacion, etc.

Cuando se trata de contratos, su validez, nulidad, revocabilidad y rescision se rigen únicamente por la ley vigente en la época en que se perfeccionaron. Y lo mismo podemos afirmar de las solemnidades y formas que han de revestir.

Si una ley establece nuevas causas de rescision, habrá que distinguir si estas causas provienen de hechos posteriores á la nueva ley, ó si provienen de hechos anteriores á la misma, pues en el primer caso podrá tener aplicacion la nueva ley si los hechos sólo dependen de la voluntad de la parte, pero no en el segundo.

Los mismos principios ó reglas deben observarse cuando se trata de cuasi-contratos.

En cuanto á los testamentos, es preciso no olvidar que no es un acto perfecto hasta que acaece el fallecimiento del testador, y que hasta entónces puede anularse, bien por actos del testador mismo, bien por causa de los herederos ó legatarios; en una palabra, que como expresion de la última voluntad, no crea derechos hasta la muerte del que testó, y por consiguiente está regido en cuanto á su fondo y materia por la ley vigente á la época del fallecimiento, pudiendo por consiguiente anularse por una ley posterior á su formacion y anterior á la muerte. Por el contrario, si se otorgase testamento por una persona incapaz y con posterioridad se le declarase capaz por una ley, su testamento continuaría siendo nulo, porque para que éste sea válido se requiere capacidad en el momento en que se hace. Esta regla no se observará cuando la nueva ley concede al testador la capacidad que tenía cuando hizo el testamento y que perdió por una ley posterior al mismo, porque entónces existe capacidad tanto cuando se otorgó como á la muerte. En los abintestatos se ha de seguir tambien la ley vigente al fallecimiento, pero en cuanto á aceptacion, liquidacion, etc., habrá

que atenerse á la ley de la época en que tales operaciones hayan de practicarse, áun cuando dicha ley sea posterior al fallecimiento.

Cuando las leyes sean interpretativas, se retrotraen á la época de la ley cuyos conceptos vienen á interpretar; pero las sentencias ejecutorias y las transacciones acabadas ántes de hacerlas, conservan sus efectos en atencion á su calidad de cosa juzgada.

Tratándose de leyes procesales, se sostiene por algunos la doctrina de que las actuaciones y procedimientos ya practicados continúan con todo su valor, pero que, á partir de la nueva ley, se continuarán los pleitos y causas pendientes con arreglo al procedimiento nuevamente establecido; mas otros encuentran que de este modo se embrollarían los procesos con perjuicio de los interesados, y fundándose en el artículo 16 de la Constitucion, que dice que ninguno pueda ser juzgado sinó por leyes anteriores al delito y en la forma que las mismas establezcan, sostienen la teoría de que las leyes procesales vigentes al comenzar un litigio ó causa, han de observarse hasta su terminacion.

Cuando en España se suprimió el Jurado, los asuntos pendientes de los cuales había de conocer el mismo, pasaron á los Juzgados de 1.ª instancia con arreglo á la nueva ley, con lo cual se resolvió en el primero de los sentidos indicado el problema de la retroactividad en materia de procedimientos. Para esto ha influido la imposibilidad de conservar dos leyes diversas, y por lo tanto dos organizaciones de tribunales completamente distintas; el principio de la no retroactividad no es, como se ve, tan absoluto como aparece. En nuestro artículo señalamos la excepcion del 23 del Código penal, en el cual se dice que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito ó falta, aunque al publicarse aquéllas hubiese recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena.

Artículo 4.º—Las leyes penales y de policía obligan á todos los habitantes del territorio (*a*).

Los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, y los contratos que los extranjeros celebren en España, se rigen por leyes españolas (*b*).

El estado y capacidad de las personas se regularán por las leyes de la nacion á la cual aquéllas pertenezcan (*c*).

Los contratos y demas actos públicos otorgados en el extranjero tendrán en España el mismo valor que se les dé en el país donde se otorgaron, siempre que sean lícitos segun nuestras leyes, y teniendo en cuenta el principio de reciprocidad (*d*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 15, tít. I, Partida 1.ª
Ley 4.ª, tít. XI, lib. XII, Nov. Rec.
Ley 8.ª, tít. XI, lib. VI, Nov. Rec. y nota 12 R. O. 21 Agosto 1791.
Ley 8.ª, tít. XXXVI, lib. XII, Nov. Rec.
Art. 29 Decreto 17 Noviembre 1852.
Art. 336, Ley orgánica del poder judicial de 15 Setiembre 1870.

(*b*) Ley 15, tít. XIV, Partida 3.ª
Art. 32 Decreto 17 Noviembre 1852.

(*c*) Doctrina de jurisprudencia. Sent. 6 Noviembre 1867 y 27 Noviembre 1868.

(*d*) Ley 15, tít. XIV, Partida 3.ª
R. D. 17 Octubre 1851.
Art. 35 Decreto 1852.
Art. 282 Ley Enjuiciamiento civil.

CONCORDANCIAS

(*a*)—Art. 3.º Cód. Francia.—3.º Nápoles.—2.º Vaud.—12 Sardo.—9.º Luisiana.—11 Italia.=(*b*)—3.º Francia.—7.º Italia.=(*c*)—6.º Italia y los demas citados.=(*d*)—Ley 6.ª, tít. II, libro XXI y ley 3.ª, tít. V, lib. XXII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 27 Noviembre 1868 y 15 Diciembre 1871.

Sent. 23 Octubre 1873, 23 Octubre 1857 y 24 Mayo 1858 sobre bienes inmuebles y contratos.

Sent. 30 Octubre 1857.

COMENTARIO

Ademas de las leyes que regulan las distintas relaciones que sostienen entre sí los individuos de una nacionalidad, existe la comunidad de derecho entre los diferentes pueblos, segun la feliz expresion de Savigny, ó lo que es igual, el derecho internacional público y privado.

De este último se ocupa nuestro artículo resolviendo en principios generales los problemas de territorialidad de las leyes conforme á la teoría de los Estatutos, hoy ya desusada.

Se comprendió desde luégo que si hay leyes que deben limitar su accion á un país determinado, hay otras que es preciso tengan valor extra-territorial, y convencido de esta verdad Bou-

hier, opinó que la cortesía y mutua benevolencia de los pueblos serían suficientes á llenar la necesidad. Otros autores, Hercio por ejemplo, creyeron que debían clasificarse las leyes que habían de tener un valor extra-territorial y las que podían circunscribirse á un territorio, dando nacimiento á la doctrina de los *Estatutos*, creándose el llamado Personal y el Real; pero Voet, Vinnio y otros admitieron despues los Estatutos mixtos como medio de resolver un sinnúmero de dificultades. Hé aquí cómo se expresa Fiore hablando de este y otros sistemas. «No podemos aceptar la teoría de los Estatutos. La base científica del sistema no es racional: ¿cuál es la razon para admitir, para una categoría determinada de leyes, una extension extra-territorial? *La comitas gentium* quiere decir la cortesía, la benevolencia, la utilidad recíproca. No comprendemos en verdad cómo la cortesía puede servir para resolver en cuestiones de derecho; ó el individuo tiene derecho á que su capacidad jurídica, del mismo modo que está determinada por su ley nacional, esté tambien reconocida fuera de los límites del territorio, y en este caso la ley tendrá una extension más allá de los limites territoriales, en virtud de un principio de derecho y no de cortesía, ó el individuo no tiene ningun derecho y todo depende de la cortesía y cada Estado puede determinar los límites en que esta cortesía es valedera, y venimos á parar entónces á lo arbitrario y á lo indeterminado.

»Si, dejando á un lado el fundamento científico, queremos examinar las bases de apreciacion establecidas por los autores, no podemos aceptarlas porque son insuficientes. En efecto, los estatutos personales que acompañan al individuo por todas partes, no podrían aplicarse cuando estuviesen en contradiccion con los principios de órden público establecidos por la ley del lugar en que reside el individuo. Una primera distincion es, por consiguiente, necesaria. Observemos ademas que las leyes del lugar se aplicarán ciertamente á las cosas que están situadas en él, porque las cosas interesan al régimen universal de la propiedad ó á la organizacion económica del Estado; pero en cuanto á las relaciones entre la cosa y su propietario ¿deberá tambien aplicarse la ley local? Las dos apreciaciones son, pues, insuficientes. Estamos sin embargo de acuerdo con Savigny que dice «que no hay que desechar la doctrina de los estatutos como absolutamente errónea; que es susceptible de las más distintas interpretaciones y aplicaciones, entre las cuales pueden encontrarse algunas completamente justas; pero como es incompleta y se presta á un gran número de equivocaciones, no podemos tomarla por base de nuestras investigaciones (1).

»Segun otro de los sistemas, el derecho entre las partes es siempre el resultado de un convenio, y por consiguiente todas las relaciones jurídicas deben ser consideradas como una creacion humana voluntaria. Este sistema, que ha sabido inventar el famoso contrato social para explicar la existencia de la sociedad y que ha considerado como base de todas las relaciones públicas entre las naciones el contrato tácito y los tratados, acepta tambien como fuente natural del derecho privado internacional, el consentimiento presumible de las partes: segun los partidarios de esta doctrina, en el caso en que haya duda por no saber qué ley debe regir una relacion jurídica, conviene aplicar la que los interesados han aceptado presuntamente. Esta teoria no resuelve nada y no hace más que dar otro giro á la cuestion; es, cuando ménos, superflua y ficticia, no sirve más que para legitimar todas las conclusiones sin terminar ninguna controversia. En efecto, ¿cuáles son las reglas para decidir en la práctica, cuál es la ley que se presume aceptada por las partes? Para resolver este problema, es necesario determinar la ley á que se haya sometido cada relacion jurídica.

»La ley determina los actos de la vida civil: los anula, los somete á la rescision ó los garantiza, segun están ó no revestidos de ciertas condiciones y formalidades. Nadie sostendrá que la relacion jurídica entre la ley y la persona sometida al derecho sea una relacion ordinaria. Hallándose establecidas las reglas por las cuales cada individuo se halla sometido á su propia ley, ésta no obliga porque se la presume aceptada, sinó que se la presume aceptada porque obliga. Para determinar, pues, cuál es la ley presuntamente aceptada por las partes, sería necesario conocer cuál es la ley que debe determinar cada relacion jurídica, y hé aquí por qué decimos que la cuestion no está resuelta.

»En cierto sentido, es verdad que la sumision á la ley es voluntaria, á saber: en el sentido de que el individuo tiene en su poder los hechos de que dependen las relaciones con la ley. Una persona podría sustraerse al imperio de su ley nacional naturalizándose en el extranjero y renunciando á su propia nacionalidad; pero,

(1) Savigny, *Tratado de Derecho Romano.*

miéntras pertenezca á esa nacion la sumision á las leyes que determinan necesariamente ciertas relaciones, no depende de su consentimiento tácito (1). Del mismo modo, el individuo que quiere comprar una propiedad en territorio extranjero, y que se somete al poder de la ley local, podría dejar de comprar; pero si el individuo tiene facultad para hacerlo, no tiene la misma libertad respecto de la sumision á la ley, la cual es obligacion de un modo permanente y absoluto. No podemos, pues, resolver los conflictos de legislacion, prefiriendo la ley presuntamente aceptada por las partes, porque este criterio es insuficiente para evitar las controversias.

»Ménos racional es todavía el sistema de la reciprocidad sostenido por algunos jurisconsultos y adoptado por algunas legislaciones, como por ejemplo la francesa. Consiste aquél en admitir el favor de una extension extra-territorial para ciertas leyes, cuando el Estado extranjero concede el mismo beneficio á nuestras leyes en su territorio. Este sistema estaba aceptado por las legislaciones en vigor en Italia y ha sido defendido por Rocco (2). Sin querer nosotros quitar nada del mérito real del docto napolitano, desechamos el sistema que ha sostenido, como poco conforme con los principios de la razon y del derecho. El sistema de la reciprocidad tiende á legitimar las represalias jurídicas, al admitir que no solamente el ejercicio de los derechos civiles, sinó tambien el de los derechos naturales, puede ser negado á los extranjeros cuando el Estado á que pertenecen niega el ejercicio de los mismos derechos á los nacionales. No desconocemos que en los tiempos en que Rocco escribía su libro, el sistema de la reciprocidad era casi una necesidad social. Cuando las represalias estaban consideradas como principios legítimos del derecho público, la reciprocidad tenía su razon de ser en el derecho privado; pero si esto excusa á Rocco, que muestra por otro lado atrevimiento en sus ideas y miras liberales, no legitima sus principios. Basta, efectivamente, con leer algunas de las conclusiones del mismo, para convencerse de la falsedad del sistema. «Si bien nuestras leyes,—dice,—deben ser indulgentes con los extranjeros, no debe creerse que, cuando el Estado á que pertenecen nos niega el ejercicio de algunas de las facultades que la naturaleza misma concede, no esté permitido practicar lo propio en el reino por represalia. ¿Cómo admitir que los extranjeros puedan heredar nuestro territorio y disponer de los bienes, si no se nos concede igual facultad en su nacion?» (1). Este principio legitima toda injusticia y toda arbitrariedad, sustituyendo á la razon del derecho la de la utilidad.

»Nosotros, por el contrario, no solamente pensamos que no se puede negar á los extranjeros el ejercicio de los derechos naturales, sinó que añadimos que no depende de la voluntad del legislador concederles ó negarles el ejercicio de los derechos que se llaman generalmente civiles. En efecto, no hay duda que el individuo puede ejercer por todas partes sus derechos naturales, exigiendo que se respeten en nombre de la ley natural, que es superior á todas las leyes y que ordena el respeto á la libertad del hombre. En cuanto á los derechos que se llaman comunmente derechos civiles no pueden ser todos considerados como una concesion de la ley civil. Es verdad que el legislador regula todos los actos jurídicos del hombre; pero éstos no pueden por eso ser considerados todos como un efecto de la concesion de la ley. Muchos de ellos tienen su razon de ser en derechos anteriores. La ley consigna estos derechos; los reconoce, los determina, regula su ejercicio; pero pasando de la ley escrita á la ley no escrita, que determina la forma y la aplicacion, no pierden su carácter, ni su naturaleza primitiva. No podemos, por lo tanto, admitir que cada soberano posea un poder discrecional, absoluto é ilimitado sobre los extranjeros, y que dependa de su capricho negarles ó concederles derechos civiles. Podrá haber duda acerca de la ley que debe regularizar estos derechos, pero no respecto de su ejercicio.

»Rechazamos pues como irracional el sistema de la reciprocidad, y lo consideramos como una ofensa á los derechos del hombre.

»Algunos teóricos modernos, dando gran importancia á la práctica constante y al derecho consuetudinario, se han esforzado en consignar ciertos principios comunmente aceptados por los tribunales, sin investigar los motivos de las sentencias.

»Son las *Sententiæ receptæ*. No queremos dis-

(1) Mülembruch, *Dot. Pand.* 74, 1, 1. por D. de Usuris (XXII, 1).

(2) *Derecho civil internacional*, obra que ha merecido los mayores elogios en Francia y Alemania por ser verdaderamente notable.

(1) Rocco, *Diritto civile internacionale*, parte 1.ª, cap. VIII, página 82.

cutir la grave cuestion de saber si puede establecerse un derecho consuetudinario universal; observamos solamente que la ciencia debe estudiar las decisiones, pero solamente para averiguar los motivos y dar á luz los principios generales por los cuales se ha formado sucesivamente la práctica constante. Nosotros, que no somos partidarios exclusivamente ni de la escuela histórica ni de la filosófica, admitimos que la ciencia debe tener muy en cuenta las *Setentiæ receptæ* para no divagar en lo indeterminado ni en lo abstracto; pero no podemos admitir que los principios para resolver los conflictos de las legislaciones puedan tener su orígen en la práctica constante. Sin algunos puntos de apoyo racionales, es imposible interpretar la práctica y distinguir lo verdadero de lo falso.

»Si en las demas partes del derecho es difícil determinar el consuetudinario, todavía es más difícil hacerlo en la parte especial del derecho de que nos ocupamos. La diversidad de los sistemas y de los criterios seguidos por los jurisconsultos y los legisladores ha dado orígen á una jurisprudencia variada é inconexa. Algunos han aceptado el principio *lex non valet extra territorium*; otros lo han modificado por la *comitas gentium*; otros tambien han introducido la distincion de los estatutos; quiénes el de la reciprocidad; los fallos, son por esto mismo, con frecuencia contradictorios. Por lo tanto, rechazamos este sistema como contradictorio y falto de base científica.

»Fœlix, despues de sentar el principio de que un Estado es libre para hacer abstraccion de las leyes extranjeras, de suerte que sus autoridades no apliquen nunca, sean cualesquiera las circunstancias, otra ley que la nacional, y que por el contrario no puedan exigir que la ley nacional tenga aplicacion en otro Estado, doctrina de la que participa Demangeat, dice que sin embargo los Estados, ora por medio de leyes, ora por los tratados, aceptan leyes extranjeras; pero que el legislador, las autoridades públicas y los tribunales, al admitir la aplicacion de las leyes extranjeras, se guian, no por una obligacion cuya ejecucion pueda ser exigida, sinó únicamente por consideraciones de utilidad y de conveniencia recíproca entre las naciones (1).

»Schœffner, despues de un atento exámen de los sistemas seguidos por los demas autores, demuestra con sana crítica, que ninguna de las teorías es aceptable, y propone el siguiente principio: toda relacion jurídica debe ser juzgada por las leyes del lugar en que ha nacido (1). Aplicando este principio á las relaciones jurídicas particulares, establece que el estado y la capacidad jurídica de una persona deben ser juzgados segun las leyes del lugar en que tiene su domicilio estable: en cuanto á los derechos sobre las cosas, hace una distincion entre los pertenecientes al propietario sobre el todo de la propiedad, los cuales se rigen por la ley del lugar en que el propietario tiene su residencia estable y los derechos sobre las cosas consideradas como partes distintas, muebles ó inmuebles, las cuales se subordinan á la ley del lugar en que se hallan situadas.

»Este principio nos parece vago é indeterminado, y aunque se haya esforzado por aclararlo formulando criterios parciales, sin embargo no ha logrado su objeto y siente la necesidad de hacer tal número de distinciones que hacen su doctrina difícil y oscura. Por consiguiente, si bien aprobamos el objeto que se ha propuesto el autor, creemos sin embargo que no lo ha conseguido.

»El que mejor ha presentado bajo su verdadero punto de vista las cuestiones de conflictos entre las leyes de diferentes Estados es Savigny, que las trata á fondo en su obra *Tratado de Derecho Romano*. Lo que es digno de observacion, es que léjos de sostener la antigua máxima: *leges non valent extra territorium*, aceptada por Rocco, Story, Fœlix y otros, demuestra la necesidad de admitir una comunidad de derecho entre las naciones para juzgar los casos de conflictos segun la naturaleza íntima de cada relacion jurídica y sin tener en cuenta los límites de los diferentes Estados. El punto de vista dominante de las legislaciones y de la práctica modernas,—termina diciendo,—no es la conservacion recelosa de su exclusiva voluntad: existe, por el contrario, una tendencia hacia una verdadera *comunidad de derecho*, es decir, á juzgar los casos de conflictos, segun la naturaleza íntima y la necesidad de cada relacion de derecho, sin tener en cuenta los límites de los Estados, ni sus leyes (2).

»En otra parte observa el mismo autor que: «en virtud del derecho riguroso de soberanía, se podría imponer á los jueces de una nacion la obligacion de aplicar exclusivamente su ley

(1) Fœlix. Título preliminar, cap. III, núm. 11.

(1) Schœffner, *Desarrollo del Derecho privado internacional*, párr. 32.

(2) *Tratado de Derecho Romano*, pág. 128.

nacional, sin tener en cuenta las disposiciones contrarias de una ley extranjera. Esta disposicion, sin embargo, no debería ser admitida por ninguna legislacion positiva, pues á medida que se ensanchan las relaciones entre los diversos pueblos, es necesario convencerse que hay que renunciar á ese principio exclusivo y admitir el principio contrario, es decir, el de una comunidad de derecho entre los diferentes pueblos. Para juzgar,—añade,—de los conflictos fáciles de suscitarse en el caso en que la misma relacion jurídica pudiese ser regida por leyes positivas diversas y contrarias, no es suficiente ocuparse del conflicto como del único problema que hay que resolver, sinó que es necesario estudiar la limitacion de las diferentes legislaciones positivas, é investigar cuáles son las relaciones de derecho sometidas á cada ley ó bien á qué ley se halla sometida cada relacion jurídica.» Savigny es el único que en nuestro sentir ha comprendido el problema en toda su profundidad y que lo ha estudiado en toda su extension. Divide oportunamente sus investigaciones en dos partes, estudiando primeramente los límites de cada ley en el espacio, y en seguida estos mismos límites en el tiempo.

»Admitimos la direccion dada por Savigny y hasta declaramos habernos inspirado en las páginas profundas del jurisconsulto aleman para emprender nuestras investigaciones; pero damos un desarrollo diferente á nuestra teoría» (1).

Fiore señala como principio fundamental el de que «cada soberanía puede ejercer sus derechos más allá de los límites de su propio territorio, con tal que no lastime los derechos de los demas soberanos.»

Entendemos que la doctrina de Fiore puede llegar á ponerse en armonía con la de Savigny, con lo cual se obtendría un sistema filosófico completo.

Artículo 5.°—Al poder legislativo corresponde interpretar las leyes cuando aparezcan oscuras ó dudosas (*a*). Los Jueces, sin embargo, deben interpretarlas de la manera más recta y equitativa (*b*), juzgando cuando la ley sea deficiente, por analogía (*c*), y teniendo en cuenta las prescripciones introducidas por la costumbre y jurisprudencia (*d*).

(1) Fiore, *Derecho internacional privado*. Esta interesante obra, de la cual hemos trascrito los anteriores párrafos, merece ser estudiada con detenimiento. Se halla traducida al castellano por A. García Moreno.

ORÍGENES

(*a*) Ley 14, tít. I, Partida 1.ª
Ley 11, tít. XXII, Partida 3.ª
Ley 15, tít. XXIII, Partida 3.ª
Ley 1.ª, tít. I, lib. II, Fuero Juzgo.
Ley 3.ª, tít. II, lib. III, Nov. Rec.
Ley 1.ª de Toro.
Arts. 86 y 90 Reglamento para la administracion de justicia 26 Setiembre 1835.

(*b*) Ley 5.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª
Ley 13, tít. I, Partida 1.ª

(*c*) Ley 13, reg. 36, tít. XXXIII, Partida 7.ª

(*d*) Ley 6.ª, tít. II, Partida 1.ª
Art. 1101 Ley Enjuiciamiento civil.
Art. 46 Ley sobre reforma de Casacion civil 22 Junio 1870.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 3.° Cód. Italia.—7.° Austria.—16 Portugal.—13 Holanda.—Leyes 12 y 13, tít. II, lib. I y XIII, tít. V, lib. XXII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 26 Setiembre 1860.
Sent. 31 Diciembre 1867.

Ni las opiniones de los jurisconsultos, ni la jurisprudencia de un tribunal local forman la verdadera jurisprudencia.—Sent. 22 Abril y 30 Mayo 1865; 5 Febrero y 30 Junio 1866 y 21 Diciembre 1867.

COMENTARIO

Cuando las leyes son dudosas ó deficientes es preciso penetrar en su espíritu y llenar sus vacíos. Esto corresponde al mismo legislador que las dictó, pues nada parece más natural que aquel que no tuvo la fortuna de expresarse con claridad, sea el que explique y complete su mandato. Llámase á esta interpretacion *auténtica*, y está unánimemente consignada en los códigos.

La interpretacion *usual* es la admitida por costumbre y jurisprudencia. Y la *doctrinal* la aceptada por los autores y no tiene otro valor que su autoridad científica.

La interpretacion de las leyes será siempre precisa, siendo ilusoria la idea de los que suponen que con un Código formado con esmero y procurando la sencillez en él llegaría á hacerse innecesaria la interpretacion.

Para la interpretacion usual y doctrinal algu-

nos autores señalan las siguientes reglas (1):

1.ª Cuando la ley es clara y está expresa la voluntad del legislador, no debe eludirse el tenor literal.

2.ª Las palabras de la ley deben entenderse en su significacion propia y natural.

3.ª Cuando consta la intencion ó voluntad del legislador, debe hacerse la interpretacion más bien segun ella que segun las palabras de la ley.

4.ª La ley se ha de entender general é indistintamente.

5.ª La excepcion confirma la regla en los casos no exceptuados.

6.ª Cuando concurre la misma razon, debe concurrir tambien la misma disposicion de derecho.

7.ª Debe preferirse la equidad al rigor de derecho.

8.ª El argumento á *contrario sensu* tiene bastante fuerza cuando se trata de interpretar una ley.

9.ª No se entiende alterada, corregida ni derogada la ley anterior sinó en cuanto expresa la posterior.

10. Las leyes penales y todas las demas que sean odiosas, han de interpretarse estrechamente *en caso de duda*, y no deben extenderse fuera de los casos y personas para que se han dado.

11. En materia favorable deben tomarse las palabras de la ley segun su más amplia y extensa significacion.

12. La ley que concede ó permite lo que es más, se entiende que permite lo que es ménos; la ley que prohibe lo ménos se entiende que prohibe lo que es más.

13. Cuando la ley se muestra indulgente por lo pasado, se entiende que prohibe para lo futuro.

Estas y otras reglas dictadas por los autores, deben siempre tenerse presentes, pues el espíritu de equidad que las inspira, es el mejor faro en los casos difíciles de interpretacion.

Artículo 6.º—El juez que rehusare fallar á pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XXII, Partida 3.ª
Art. 368 Cód. penal 1870.

(1) Escriche. *Dic. de Jur.*, tomo III, pág. 401.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 4.º Cód. Francia.—13 Holanda.—7.º Austria.—Leyes 12 y 13, tít. II, libro I, Digesto.—46 Prusia.

COMENTARIO

En nuestro artículo anterior hemos consignado el principio de que la interpretacion de las leyes corresponde en primer lugar al poder legislativo. Esto no obstante, cuando los jueces ó tribunales tengan que decidir en pleitos ó causas sometidas á su decision y se hallen perplejos por silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley que hayan de aplicar, no han de esperar la aclaracion del poder legislativo ni por consiguiente han de suspender y diferir la sentencia hasta que el legislador sea consultado y resuelva, sinó que han de fallar á su debido tiempo. De otra manera la administracion de justicia sería interrumpida y embarazada por dudas y consultas de todos los días. Sobre todo en los gobiernos representativos, el inconveniente sería aún de mayor gravedad por la mayor dificultad de ser consultado el legislador. La razon de nuestro artículo está en que la interpretacion auténtica tiene un carácter general, y por consiguiente no excluye la usual introducida por la costumbre y por vía de doctrina. Por otra parte, sería una puerilidad ó locura pretender que el juez tenga un texto claro y preciso para aplicarlo á cada caso; la legislacion sería un verdadero cáos y despues de todo no resultaría sinó la iniquidad en gran número de sentencias, y lo que es todavía peor, la imposibilidad de administrar justicia; se pretende que los legisladores sean dioses y no se quiere conceder á los jueces que sean simplemente hombres (1).

Por eso todos los Códigos sientan el mismo principio que el nuestro, y hasta el Código penal señala la suspension como correctivo para el juez que rehusare juzgar.

Nuestras leyes no están muy explícitas sobre este punto, pues si bien la ley de Partida que dejamos citada dispone que el juez que consultare al Rey por excusarse de trabajo ó por alargar el pleito, ó por miedo, amor, ódio, etc., *debe por ende rescebir pena segun entendiere el Rey que lo meresce*, en otras posteriores determina casos en que sin incurrir en responsabilidad puede y debe consultar al monarca. Este principio era inaceptable, y el Código penal ha

(1) G. Goyena. *Comentarios al Proy. de Cód.*, pág. 25.

dicho la última palabra sobre este asunto imponiendo á los jueces la obligacion de fallar siempre.

Artículo 7.°—La anulacion de las leyes se verifica:

1.° Por declaracion del poder legislativo hecha en una ley posterior *(a)*.

2.° Por la costumbre.

Para que la costumbre pueda abrogar la ley, es preciso que los actos que la constituyan no sean contrarios á los intereses generales, y que se verifiquen uniformemente y sin contradiccion por diez ó más años, dándose en este tiempo dos sentencias que la confirmen, á ciencia y paciencia del legislador *(b)*.

ORÍGENES.

(a) Ley 17, tít. I, Partida 1.ª
Leyes 1.ª y 11, tít. I, lib. II, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. XXVIII, Ordenamiento.
Ley 1.ª de Toro.
Leyes 3.ª, 7.ª y 8.ª, tít. II, lib. II, Nov. Rec.
Ley 11, tít. II, lib. III, Nov. Rec.
(b) Leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. II, Partida 1.ª

CONCORDANCIAS.

(a) Art. 5.° Cód. Holanda.—12 Baviera.—5.° Italia.
(b) Art. 3.° Cód. de Luisiana.—Pár. 9.°, tít. II, lib. V, Instituciones.—Ley 42, párr. 1.°, tít. III, lib. I, Digesto.

JURISPRUDENCIA.

(a) Sent. 19 Setiembre 1859.
Sent. 15 Febrero 1864.
Sent. comp. 5 Octubre 1868.

Las leyes de Partida forman el derecho supletorio por haber leyes posteriores. Sent. 28 Julio 1846 y 20 Octubre 1860.

(b) Sent. 6 Junio 1867.
Sent. 26 Setiembre 1868.
Sent. 30 Junio 1869.

COMENTARIO.

La estabilidad de las leyes es una necesidad de buen gobierno: su perpetuidad traeria consigo su inaplicacion; por eso es preciso modificarlas y áun hacerlas nuevas.

La *abrogacion*, acto de anular por completo la ley; la *derogacion*, acto de invalidarla en parte, y la *obrogacion*, acto de mera reforma, pueden ser expresas, virtuales, formularias ó tácitas cuando se hacen por virtud de una ley posterior. Será expresa cuando el legislador manifieste de una manera clara y determinada la ley ó leyes, artículo ó artículos que deroga ó modifica.

Es virtual siempre que las disposiciones contenidas en la última ley excluyen las anteriores. Esta clase de abrogacion es ocasionada á muchas dudas para cuya resolucion no es posible señalar reglas fijas. Será formularia si se declaran derogadas cuantas disposiciones se opongan á la nueva ley; pero no se enumeran ni especifican cuáles sean; fórmula derogatoria introducida, al decir de Dalloz, para encubrir la ignorancia ó pereza del legislador; pero que en realidad es necesaria algunas veces por el número considerable de leyes que habrian de citarse.

Es tácita, dicen los autores, cuando cesan los motivos ó la razon de la ley. Determinar bien cuando es llegado este caso, no es cuestion fácil, y las presunciones que señalan los autores no ayudan gran cosa á resolver el problema.

Pero ademas de la ley nueva hay otro medio de abrogar la antigua; es la costumbre.

De la repeticion de actos nace el uso, el cual á su vez da por resultado, mediante ciertas condiciones, la costumbre que constituye el *derecho ó fuero que non e escrito*, segun la ley de Partida. No debe, pues, confundirse el *uso* con la *costumbre*.

Las condiciones para que la costumbre sea valedera se dejan señaladas en nuestro artículo, y son á saber: que la costumbre introducida sea en *pro comunal*, esto es, que no sea contra razon, ni contra señorío, ni contra derecho natural, etc., etc.: que sea practicada durante cierto número de años, que la ley fija en diez ó veinte; pero que en sentir de los autores deben reducirse á solos los diez, pues no se comprende el motivo de los veinte, toda vez que no cabe hacer aplicacion á los ausentes, porque el pueblo está siempre presente: que estos actos se verifiquen uniformemente y sin contradiccion, dándose dos sentencias *concejeramente* en confirmacion de la costumbre; y por último, que todo esto suceda á ciencia y paciencia del legislador.

En opinion de algunos comentaristas, no es necesario probar la costumbre por las dos sentencias, sinó que bastará el testimonio de las gentes más ilustradas y ancianas del país, pudiendo usarse indistintamente de este testimonio ó de las dos sentencias como prueba de la cos-

tumbre. La costumbre por su fuerza ha sido clasificada en costumbre *segun* ley, *fuera* de ley y *contra* ley, segun se limita á apoyar é interpretar las leyes ó á suplir su silencio llenando sus vacíos y refiriéndose, por tanto, á casos no previstos por la ley, ó en fin oponiéndose á ella la deroga.

Con arreglo á lo dispuesto en la ley de Partida, no es posible negar que la costumbre puede anular el precepto legal escrito; la jurisprudencia, por otra parte, consigna el mismo principio. ¿Es conveniente que se dé valor á la costumbre contra ley?

Todos ó casi todos los Códigos modernos hacen caso omiso de la costumbre, y en efecto, las infracciones de la ley no se legitiman por el número, ni autorizan infracciones posteriores: las leyes deben cumplirse siempre, y si por acaso han sido violadas, deben restablecerse en seguida, si no queremos que su prestigio desaparezca y los pueblos, acostumbrados á prescindir de ellas, introduzcan el desórden en el derecho.

Goyena, en su comentario al Proyecto de Código, dice: «la prueba de la costumbre ha sido y será siempre difícil de fijar: su resultado será equívoco. ¿Cuánto tiempo será necesario para constituirla? ¿Por qué actos judiciales ó extrajudiciales? Suponiendo necesaria la ciencia y lícita aprobacion del legislador, ¿cómo se probará donde la potestad de hacer las leyes reside en las Córtes con el Rey? ¿Y no podrán probarse dos costumbres contrarias á un mismo tiempo?

Artículo 8.°—No podrá alegarse contra la observancia de las leyes el no uso de las mismas.

ORÍGENES

Ley 11, tít. II, lib. III, Nov. Rec.
Auto 2.°, tít. I, lib. II, Rec.

CONCORDANCIAS

Véanse las del artículo anterior.

JURISPRUDENCIA

Sent. 26 Setiembre 1860.

COMENTARIO

Acabamos de hablar de la costumbre que modifica y anula la ley, y ahora nos ocupamos del *no uso* de las mismas. No es lo mismo el *no uso* de las leyes, que el *uso contrario* á las leyes; por eso la Ley Recopilada que preceptúa lo consignado en nuestro artículo, no ha podido derogar la ley de Partida, y por eso es posible que haya costumbre que modifique y anule la ley y no es admisible que por el abandono, dejacion ó no uso de ellas se hagan inaplicables.

Cualquiera que sea el motivo de haberse desusado la ley, no debe ésta entenderse derogada: así lo quiere el legislador, y así lo ha confirmado la jurisprudencia.

Los Códigos de otros pueblos admiten tácitamente esta doctrina al consignar que solamente por otra ley posterior puede derogarse la anterior.

Artículo 9.°—Las leyes no pueden ser revocadas por Reales rdenes.

ORÍGENES

Leyes 28, 30 y 31, tít. XVIII, Partida 3.ª
Leyes 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª, tít. IV, libro III, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Sancionan el mismo principio aunque de una manera indirecta, art. 5.° el Cód. Holanda, —12, cap. 1.° Baviera,—5 Italia.

JURISPRUDENCIA

Sent. 3 Noviembre 1853.
Sent. 20 Febrero 1856.
Sent. 18 Setiembre 1860.
Sent. 23 Junio 1863.
Sent. 12 Mayo 1868.
Sent. 29 Setiembre 1868.
Sent. 5 Octubre 1868.

Las Reales Órdenes expedidas en tiempo del Gobierno absoluto tienen fuerza de ley.—Sent. 27 Mayo 1858.—28 Enero 1859.—23 Diciembre 1861.—12 Enero 1863.—6 Setiembre 1866.

COMENTARIO

Despues de haber consignado en el art. 7.° los dos únicos modos de que la ley pierda su fuerza y valor, parecerá ocioso el contenido del que ahora examinamos. En efecto, todos los Códigos modernos ó siquiera formados metódicamente é inspirados en principios filosóficos, sientan un único medio de derogar las leyes, y con este solo principio dicho se está que cuantos otros medios se propongan han de ser ineficaces para tal objeto. Por eso en nuestras concordancias no hallamos Códigos que digan exactamente lo que nuestro artículo, pero de una

manera indirecta consagran idéntica doctrina. Nuestras leyes, sin embargo, han creído conveniente ó se han visto obligadas á consignar que las cartas, despachos ú órdenes reales, así como cualesquiera otros decretos emanados de la administracion ó del poder ejecutivo, no podrán establecer preceptos contrarios á los consignados en las leyes, ó lo que es lo mismo, que las Reales Órdenes no pueden derogar los preceptos del legislador.

Por ocioso y redundante que parezca el principio que señala la ley, todavía, como si no fuera suficientemente claro y explícito, ha sido mil veces violado, introduciéndose la perniciosa costumbre de legislar por medio de decretos y de modificar lo establecido en las leyes por idéntico procedimiento.

Legislar ó derogar lo legislado por medio de Reales Órdenes ú otras disposiciones del mismo carácter, no es sólo una corruptela que lleve la inmoralidad á la fuente del Derecho, no es sólo un trastorno en el modo de ser de una sociedad y una nacion, es una usurpacion de facultades y atribuciones distribuídas por la necesidad, por la lógica y por la Constitucion.

Trasformada completamente la organizacion política de los pueblos, merced al influjo benéfico que brotó de la Revolucion francesa; infiltradas las nuevas ideas tras largo período de agitacion y de lucha, en todos los órdenes de la vida, así los que se refieren á la política y gobernacion, como los que se relacionan con lo más recóndito del hogar; modificadas en un todo las instituciones que presiden el desarrollo de la vida de un país, cambiadas las antiguas formas absolutas por los gobiernos representativos, ha sido preciso determinar una esfera de accion amplia é independiente á cada uno de esos tres poderes del Estado, que son dentro de él como la razon, la voluntad y la conciencia dentro del hombre. Y toda excursion de un poder en el campo de otro poder, constituye una trasgresion punible.

Mas á pesar de todo, desde las alturas del gobierno se han desoído los principios de moral gubernativa, y han sido frecuentes los casos en que se ha dado á los decretos y órdenes poder bastante á derogar la ley. La numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en casi todos los casos ha aceptado la buena doctrina, son una prueba de la verdad de nuestro aserto.

Esto no obstante, cuando se ha tratado de la validez de las Reales Órdenes emanadas del rey en las épocas del gobierno absoluto, no ha podido ménos de reconocer su eficacia en atencion á la forma de gobierno, ya que el legislador único era el rey.

Artículo 10.—No podrán renunciarse, ni derogarse por convenios particulares, las leyes imperativas y prohibitivas, ni aquellas en cuyo cumplimiento están interesadas la justicia y las buenas costumbres.

ORÍGENES

Ley 28, tít. XI, Partida 5.ª

El mismo principio establecen, aunque no de una manera general, sinó refiriéndose á casos determinados las leyes:

Ley 32, tít. IX, Partida 6.ª
Ley 38, tít. V, Partida 5.ª
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. II, lib. III, Fuero Real.
Ley 249 Estilo.
Leyes 6.ª, 17 y 28, tít. I, lib. X, Nov. Rec.
Leyes 6.ª y 7.ª, tít. XI, lib. X, Nov. Rec.
Ley 1.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 6.º Cód. Francia.—7.º Nápoles.—13 Sardo.—11 y 12 Luisiana.—4.º Vaud.—14 Holanda.—12 Italia.—10 Portugal.—937 Austria.—193, tít. V, primera parte, Prusia.—Ley 5.ª, tít. XIV, lib. I, Cód.—Ley 38, tít. XIV, lib. II, Digesto.—Ley 35, tít. I, libro XLV, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Noviembre 1870.
Sent. 11 Julio 1872.
Sent. 11 Febrero 1874.
Sent. 11 Marzo 1874.
Sent. 24 Junio 1874.

COMENTARIO

En rigor, ninguna ley puede renunciarse; pero se dice que se renuncia una ley cuando se hace dejacion de un derecho que por la misma se declara.

En este sentido podemos afirmar que aquellas leyes conocidas por los tratadistas con el nombre de permisivas, pueden renunciarse, por más que lo renunciado sea el derecho ó facultad que nos confiere.

La renuncia general de las leyes carece de valor, porque para renunciar es preciso hacerlo determinadamente y de aquellos derechos que pueden renunciarse. Algunos comentado-

res ilustres (1), manifiestan que ninguna ley puede renunciarse. Desde luégo creemos que la mayor parte de ellas no han de ser renunciables, puesto que señalan líneas de conducta, ordenan la realizacion de ciertos actos y garantizan la moral y buenas costumbres; pero no faltan casos en que puede hacerse renuncia de una facultad que la ley pone á nuestra disposicion sin obligarnos á aceptarla.

Los autores clasifican las leyes en permisivas, imperativas y prohibitivas, segun la índole diversa del precepto que contienen.

Las imperativas (que mandan hacer) y las prohibitivas (que niegan una facultad), no pueden renunciarse en ningun caso.

Respecto á las permisivas, nuestras leyes no dicen nada, por lo cual nos parece que es lícito creer que pueden renunciarse, salvo el interes de la justicia y las buenas costumbres, que como de un órden superior limitan el principio de que toda utilidad puede ser renunciada.

En efecto, el heredero que renuncia á la herencia, el litigante que renuncia á la prueba, etc., verifican un abandono de su derecho que no altera ni modifica en nada el órden público ni hiere á la justicia. Estas y otras renuncias son, por lo tanto, aceptables y tienen toda la fuerza y valor que les confieren la libre voluntad del cedente.

Pero tratándose de otras leyes y otros derechos y obligaciones consignadas en esas leyes que hemos apellidado prohibitivas é imperativas, la renuncia, el pacto ó convenio particular de no observarlas, es un ataque directo é inmediato á los designios del legislador, y equivaldría á derogar la ley, lo cual no es aceptable dentro de las conveniencias que aconsejan la moral y las buenas costumbres, interesadas en primer término en el cumplimiento de las mismas leyes. Nuestro Proyecto de Código civil, en sus artículos 4.° y 11, asienta el mismo principio que contiene nuestro artículo, mas sin hacer referencia en ningun punto á la renuncia de esos otros derechos que en nuestro concepto son renunciables.

La jurisprudencia y la costumbre marchan á la par de las disposiciones legislativas, y en las diversas sentencias que dejamos citadas en su lugar, podrá verse el espíritu dominante en esta materia.

Las renuncias con juramento han sido cosa frecuente, siendo muchas veces invocado el testimonio de la religion para eludir la ley.

Los defensores del juramento, olvidando sin duda que dentro de cualesquiera religion positiva, el juramento ha de versar sobre materia lícita y honesta: *Juravit, vivit Dominus in veritate judicio et justitia*, han acudido á sutilezas para darle valor cuando de renunciar leyes se trata, pretendiendo hacer una distincion entre la obligacion legal, que no existirá, y la obligacion moral nacida del juramento, y cuya quebrantacion constituiría un pecado.

Dejando á un lado estos sofismas de escasa importancia, vemos que nuestras leyes niegan valor á tales renuncias expresas ó tácitas, *maguer pena ó juramento fuese puesto en él*, como dice la ley de Partida y otras recopiladas refiriéndose á casos determinados.

Artículo 11.—El Rey puede otorgar dispensas de ley siempre que para ello concurran motivos justos y razonables, justificados debidamente y previo abono de los derechos señalados por los aranceles en los siguientes casos:

1.° Emancipaciones.

2.° Legitimaciones de los hijos naturales segun los define la ley 1.ª, tít. V de la Nov. Rec.

3.° Dispensa de edad para administrar sus bienes.

ORÍGENES

Arts. 1.°, 2.°, 3.° y 4.° de la ley 14 Abril 1838.

COMENTARIO

Casos y circunstancias excepcionales, son motivo de que á veces la ley hecha para la generalidad de los casos deba ser modificada en alguna parte. Esto es lo que se llama *dispensa*.

La facultad de dispensar en ciertos casos del cumplimiento de la ley corresponde en virtud de la organizacion política y del Estado, á los Cuerpos Colegisladores; mas los inconvenientes de que éstos entiendan en estas reclamaciones particulares, han aconsejado otorgar al poder ejecutivo el que conceda las llamadas *gracias al sacar*, mediante las condiciones y en el modo y forma que se prescribe en la ley de 1838.

En esta ley se confiere al Gobierno la facultad de dispensar ademas de exámen á los abogados que quieran ser escribanos, cuya dispen-

(1) Gutierrez, *Estudios fundamentales sobre Derecho civil*, tít. preliminar, pág. 115.

sa no tiene efecto ninguno despues de la ley del Notariado de 1862, que relevó á los abogados del exámen, y otras varias gracias, como son la de suplemento de falta de confirmacion de privilegios; dispensa de formalidades en los oficios renunciables; facultad de nombrar teniente á los propietarios de oficios públicos enajenados; para examinarse en lugar distinto del designado por la ley ú ordenanza; para que los clérigos puedan abogar en lo civil; para que las viudas que pasan á segundas nupcias conserven la tutela, y áun otras análogas.

Pero todas estas dispensas han venido á ser inútiles é innecesarias, por lo cual entendemos derogadas las disposiciones que á ellas se refieren.

Desde el momento en que la ley del Matrimonio Civil confirió la patria potestad á las madres, con las mismas condiciones que la tenían los padres, ha desaparecido la posibilidad de que en adelante las viudas sean tutoras y por consiguiente necesiten la dispensa de que habla la ley. En cuanto á las viudas anteriores á 1870, el Tribunal Supremo ha declarado que continúan siendo solamente tutoras ó curadoras de sus hijos menores; por consiguiente, cuando de ellas se trate, es preciso no olvidar, que si contrajeren segundas ó posteriores nupcias, deberán solicitar la Real habilitacion para continuar desempeñando los repetidos cargos. Habilitacion que constituye una de las *gracias al sacar* de que habla la Ley de 1878, y para cuya obtencion habrán de llenarse idénticas formalidades.

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

TÍTULO PRIMERO

DE LOS ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

Artículo 12.—Son españoles:

Primero. Las personas nacidas en territorio español.

Segundo. Los hijos de padre ó madre españoles aunque hayan nacido fuera de España.

Tercero. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.

Cuarto. Los que sin ellos hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía (*a*).

Como parte de los dominios españoles se consideran los buques nacionales sin distincion alguna (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Art. 1.° Constitucion 1876.
(*b*) Art. 1.° R. D. 17 Nov. 1852.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 9.°, 10 y 13 Cód. Francia.—7.°, 8.°, 9.° y 10 Italia.—5.° Holanda.—28 Austria.—30 Constitucion federal de Méjico.—5.° de Vaud.—13 Canton Soleure.

JURISPRUDENCIA

Sent. 20 Enero 1870.

COMENTARIO

Consideradas las personas en cuanto al goce de los derechos civiles, hallamos entre ellas notables diferencias que obedecen á varias razones.

Una de estas diferencias, y acaso la más importante, es la nacida de la condicion de nacionalidad ó extranjería.

Suavizada la primitiva rudeza de las relaciones internacionales, que colocaba al extranjero en la calidad de verdadero enemigo, é informando á la vida nuevos principios humanitarios y filosóficos á un tiempo mismo, en nuestros días son pequeños relativamente los recuerdos de las antiguas divisiones entre nacionales y extranjeros, é insignificantes las diferencias que en cuanto al goce de los derechos civiles subsisten.

Hoy, igualado casi por completo el extranjero al nacional, sólo quedan las consideraciones de órden público y de seguridad é independencia, modificando algo, muy poco, la condicion del *hostis* de los romanos.

Esto no obstante, es preciso hacer la distincion entre españoles y extranjeros, más que para señalar limitaciones á los derechos de los últimos, para señalar límites á la fuerza obligatoria de las leyes españolas, cuyo valor sobre los súbditos de otras potencias, se acomodan á ciertos principios generales de derecho internacional.

Nada diremos acerca de los dos primeros números del artículo. El que nace al abrigo de nuestro pabellon, siquiera sus padres sean extranjeros, adquiere un título para vivir siempre bajo su amparo. Aquel cuyo padre ó madre

son españoles, tiene tambien motivos de arraigo suficientes para considerarse como español.

En cuanto á la naturalizacion de extranjeros, las cuestiones que encierra no pertenecen al Derecho civil, sinó al político.

Los autores del Proyecto de Código tampoco quisieron ocuparse de este punto, que es todo de Derecho constitucional.

Las cartas de naturaleza de que hablan nuestras leyes, son de cuatro clases. Hé aquí la nota 5ª. del tít. XIV, lib. I, Nov. Rec.: «Y por la adicion que en 7 Setiembre 1716 hizo S. M. á la instruccion de 1588, que tiene la Cámara para su gobierno, se declara que las naturalezas para extranjeros corresponden despacharse por este Tribunal, sin necesidad de consulta: excepto las que sean para gozar renta eclesiástica, en cuyo caso debe preceder. Esta gracia es una habilitacion de la persona extranjera para que pueda gozar y tener en estos reinos todos y cualesquier oficios, honores, dignidades, rentas y preeminencias que tienen los naturales, sin distincion ni diferencia alguna: sus clases son cuatro: la primera absoluta, para gozar de todo lo eclesiástico y secular sin limitacion alguna; la segunda, para todo lo secular, con la limitacion de que no comprehenda cosa que toque á lo eclesiástico; la tercera para poder obtener cierta cantidad de renta eclesiástica en prebenda, dignidad ó pension, sin exceder á ella, y la cuarta es para lo secular, y sólo para gozar de honras y oficios como los naturales, exceptuando todo lo que está prohibido por las condiciones de millones.

»Para las tres primeras precede á su concesion el consentimiento del Reyno, escribiendo cartas á las ciudades y villas de voto en Córtes, excepto quando las tales naturalezas, son del número que ha solido conceder el Reyno al tiempo de disolverse las Córtes generales.»

No todas estas disposiciones son aplicables hoy, en que la organizacion política ha variado un tanto; por eso creemos con un ilustre jurisconsulto que las tres primeras clases de naturalizacion deben ser objeto de una ley, y que la última se ha de otorgar por el Gobierno, oyendo á la seccion de Gracia y Justicia del Consejo de Estado, segun el art. 48 de la ley orgánica del Consejo de 17 Agosto de 1860.

En cuanto á los extranjeros que adquieren vecindad en cualquier pueblo de la monarquía, al tratar de la vecindad nos ocuparemos de las condiciones y requisitos que deben llenarse para ganarla por los extranjeros.

La mujer extranjera que casa con español, ¿será española? Nada dice, ni la Constitucion ni el Real Decreto de 1852. Sin embargo, de su mismo espíritu se infiere que la mujer en este caso sigue la condicion, domicilio y nacionalidad del marido. Así parece inferirse tambien de los principios generales que se consignan en la ley 2.ª, tít. XXIV, y 7.ª, tít. II, Partida 4.ª, y en la 2.ª, tít. XXVII, lib. XI, Nov. ¿No es la nacionalidad una condicion?

Ademas, añade el ilustre autor de los *Códigos*: «El derecho de todos los pueblos se conforma en privar de la nacionalidad á la mujer que se casa con un extranjero: ¿se quiere que esta mujer desheredada de su patria no tenga ninguna? ¿Cuál será su condicion si se la niega la de su marido? Ella perdió su patria por el casamiento: ¿dónde estaría la justicia de las leyes si tambien se la negase la patria de su marido?»

La declaracion de que los buques españoles se consideran como parte del territorio nacional, es tan clara y natural que no necesita explicacion. Nos ha parecido este lugar más á propósito para consignarlo que el que ocupa en nuestras leyes.

Artículo 13.—Los nacidos en territorio español de padres extranjeros ó de padre extranjero y madre española que quieran gozar de la nacionalidad de España, deberán declararlo así en el término de un año, á contar desde el día en que cumplan la mayor edad, si á la sazon están ya emancipados, y en otro caso desde que alcancen la emancipacion, renunciando al mismo tiempo á la nacionalidad de sus padres *(a)*.

Esta declaracion y renuncia y consiguiente inscripcion en el Registro civil, deberán hacerse ante el juez municipal del domicilio del interesado. Si residiere en país extranjero, se harán ante el Agente diplomático ó consular de España del punto más próximo, quien inscribirá el acta en el registro de que está encargado, remitiendo copia á la Direccion del Registro civil para que repita la inscripcion en su registro, si el interesado no tuviere domicilio en España *(b)*.

Idéntica disposicion se observará respecto á los nacidos de padre extranjero y madre española, fuera del territorio de España *(c)*.

ORÍGENES

(a) Art. 103, Ley Registro civil.
(b) Art. 104 de la misma.
(c) Art. 205 de la misma.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 9.° Cód. Francia.—11 Nápoles.

COMENTARIO

En el artículo anterior dejamos consignado que todos los nacidos en territorio español son españoles; pero entre éstos pueden presentarse tres casos: ó los nacidos son hijos de españoles, ó son hijos de extranjeros, ó son hijos de padre extranjero y madre española. En el primer caso, gozarán los nacidos de la nacionalidad española, á ménos que la pierdan con arreglo á la ley: en el segundo y tercer caso, necesitarán para gozar de ella, declararlo así en el término de un año contado desde el día en que cumplieron la mayor edad ó desde que se emanciparon en otro caso, renunciando al mismo tiempo á la nacionalidad de sus padres ó padre solamente en cada caso, cuya declaracion y renuncia habrán de inscribirse en el Registro civil del Juzgado municipal del domicilio del interesado ó en el del agente diplomático ó consular español del punto más próximo al lugar de su residencia, cuando ésta no estuviere en territorio de España.

En el precepto del segundo número del artículo anterior, puede presentarse entre otros casos el de un nacido en el extranjero, hijo de padre extranjero pero de madre española. Entónces el nacido puede optar entre la nacionalidad del padre ó de la madre, por cuya razon se exige la misma declaracion y renuncia hecha en idéntica forma y ante las mismas autoridades que en los otros dos casos citados.

A esto queda reducido el precepto que comentamos.

Artículo 14.—Las cartas de naturaleza concedidas á un extranjero por el Gobierno español, no producirán ninguno de sus efectos, hasta que se hallen inscritas en el Registro civil del domicilio elegido por el interesado, ó en el de la Direccion general si no hubiere de fijar su residencia en España. Al efecto, deberá presentarse en uno ú otro registro por el interesado el decreto de naturalizacion, con más la partida de nacimiento del interesado, la de su matrimonio, si estuviere casado, y las de nacimiento de su esposa y de sus hijos, manifestando que renuncia á su nacionalidad anterior, y jurando la Constitucion del Estado. En el asiento respectivo del Registro, se expresarán estas circunstancias y la clase de la naturalizacion concedida.

ORÍGENES

Art. 97 y 101 Ley Registro civil.

COMENTARIO

Este artículo es más bien reglamentario. Se limita á señalar las formalidades que deben llenarse para que las cartas de naturaleza comiencen á producir efecto. La intencion del legislador al dictar este artículo, es la misma que ha presidido á toda la ley del Registro civil, esto es, la necesidad de hacer constar todos los actos que de alguna manera modifican la capacidad de la persona, y la conveniencia de que el Estado tenga oficial conocimiento de estas modificaciones.

Artículo 15.—Los extranjeros que hayan ganado vecindad en un pueblo de España, gozarán de la consideracion y derechos de españoles desde el instante en que se haga la correspondiente inscripcion en el Registro civil.

Al efecto, deberán presentar ante el Juez municipal de su domicilio justificacion bastante, practicada con citacion del ministerio público, de los hechos en virtud de los cuales se gana dicha vecindad, renunciando en el acto á la nacionalidad que ántes tenían.

De los hechos comprendidos en la justificacion practicada, y de esta renuncia, deberá hacerse mencion expresa en el asiento respectivo.

ORÍGENES

Art. 102 Ley Registro civil.

COMENTARIO

Considera la ley como españoles á todos los extranjeros que hayan ganado vecindad en algun pueblo de la monarquía, siempre que re-

nuncien expresamente su primitiva nacionalidad. Mas para ello es necesario, del mismo modo que en los casos anteriores, la correspondiente inscripcion en el Registro civil, justificando previamente haberse cumplido las condiciones que la ley exige para conseguir la vecindad (véase art. 30), de cuya justificacion y de los hechos que ésta comprenda, deberá hacerse especial mencion en el asiento del Registro.

Artículo 16.—Los españoles que trasladen su domicilio á país extranjero, donde sin más circunstancia que la residencia en él, sean considerados como naturales, necesitarán para conservar la nacionalidad de España manifestar que esta es su voluntad al Agente diplomático ó consular español, quien deberá inscribirles, así como tambien á su cónyuge si fuesen casados y á los hijos que tuvieren, en el Registro especial de españoles residentes que deberá llevar al efecto.

ORÍGENES

Art. 112 Ley Registro civil.

COMENTARIO

Cuando un español traslada su residencia á un punto del extranjero donde la sola residencia constituye nacionalidad, es imposible conocer si adquiere la nueva naturaleza ó conserva la anterior. Este estado de incertidumbre podría dar lugar á complicaciones que es preciso evitar, para lo cual se supone que adquiere la nueva nacionalidad, á ménos que declare ante el agente consular español su voluntad de permanecer amparado de su antiguo pabellon.

Art. 17.—La calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero, y por admitir empleo de otro gobierno sin licencia del Rey.

ORÍGENES

Art. 1.° Constitucion 1876.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Núms. 1.° y 2.°, arts. 17 y 21 Cód. Francia.—34 y 35 Cerdeña.—20 y 25 Nápoles.—9.° Holanda.

JURISPRUDENCIA

La condicion de español sólo se pierde por alguno de los medios que marcan las leyes, y sin que baste por consiguiente la voluntad del interesado.—Sent. 16 Julio 1860.

COMENTARIO

Despues de señalar quiénes son españoles y qué formalidades son necesarias para no perder esta condicion, tócanos expresar por qué razones llega á perderse

Estas razones son dos: 1.ª Adquirir naturaleza en país extranjero: nadie puede tener á la vez dos patrias: las obligaciones que lleva consigo la naturaleza son incompatibles si hubiesen de tenerse dos: por eso se supone subsistente la segunda y renunciada la primera.—2.ª Admitir empleo de otro gobierno: la admision de estos empleos lleva consigo ciertos y determinados deberes, que serán muchas veces incompatibles con la condicion de ciudadano de otro país.

La excepcion que se consigna en el artículo nos parece oportuna.

Artículo 18.—El español que hubiese perdido esta calidad por adquirir naturaleza en país extranjero, podrá recobrarla volviendo al reino, declarando que así lo quiere ante el juez municipal del domicilio que elija, ó en otro caso ante el director general, renunciando á la proteccion del pabellon de aquel país, y haciendo inscribir en el Registro civil esta declaracion y renuncia.

ORÍGENES

Art. 106 Ley Registro civil.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 18 y 21 Cód. Francia.—21 Nápoles.—39 Cerdeña.

Artículo 19.—El español que hubiese perdido su nacionalidad por entrar al servicio de una potencia extranjera sin licencia del Gobierno de España, ademas de los requisitos prevenidos en el artículo anterior, necesitará para recuperar la calidad de español una rehabilitacion especial del mismo Gobierno, y en el respectivo asiento del Re-

gistro civil deberá hacerse expresa mencion de esta rehabilitacion.

ORÍGENES

Art. 107 Ley Registro civil.

Artículo 20.—El nacido en el extranjero de padre ó madre españoles que haya perdido esta calidad por haberla perdido sus padres, podrá recuperarla tambien llenando los requisitos prevenidos en el artículo anterior.

ORÍGENES

Art. 108 Ley Registro civil.

Artículo 21.—Asimismo podrá recuperarla la mujer española casada con extranjero, despues que se disuelva su matrimonio, haciendo la declaracion, renuncia ó inscripcion que quedan expresadas. En este caso la interesada habrá de presentar el documento que compruebe la disolucion del matrimonio.

ORÍGENES

Ley 32, tít. XX, Partida 3.ª
Ley 3.ª, tit. XI, lib. II, Nov. Rec.
Art. 109 Ley Registro civil.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Art. 15 Cód. Vaud.—19 Francia.—23 Nápoles.—11 Holanda.—40 Cerdeña.

COMENTARIO

Llegamos á la manera de recuperar la nacionalidad perdida.

Es de observar que la ley sólo fija dos modos por los que se pierde la nacionalidad española, y despues, al tratar de los medios de recuperarla, reconoce que son cuatro las razones por que aquélla se pierde.

Son estos á más de los dos ya indicados en su lugar:

1.° El haberla perdido los padres cuando se ha nacido en el extranjero.

2.° Contraer matrimonio la española con extranjero.

En el primer caso es preciso para perder la nacionalidad: 1.° haber nacido en el extranjero, y 2.° que el padre ó madre españoles hayan perdido esta condicion.

La primera duda que nos ocurre es esta: ¿el nacido de que habla el artículo, es el no emancipado, ó el que ya llegado á la mayor edad ha hecho la declaracion de que hablamos en el último párrafo del art. 13? La Ley no hace distincion de ninguna especie; pero á nuestro entender ha de referirse al no emancipado, pues el que ha hecho la declaracion del art. 13 ya es español por sí mismo, y por consiguiente las variaciones de naturaleza de sus padres no pueden alterar la suya; por otra parte, sería ridículo exigirle una segunda declaracion idéntica á la primera: lo racional es tener ésta por subsistente miéntras no se verifique alguno de los actos que dan lugar á la pérdida de la nacionalidad. Preciso es, no obstante, confesar que el artículo no es muy claro, pues si el nacido en el extranjero de padre ó madre españoles, no goza verdaderamente de esta nacionalidad hasta que hace la declaracion de que dejamos hecho mérito, claro es que no puede perderla sinó despues de hecha esa declaracion, es decir, cuando ya está emancipado, y por consiguiente cuando las variaciones de nacionalidad de sus padres no deben modificar la suya.

Tampoco comprendemos bien cómo la mujer española que casa con extranjero puede perder la nacionalidad española despues de haber tenido un hijo, cuando por otros principios la pierde desde el momento en que se casa; á ménos que la Ley se refiera solamente á los hijos ilegítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio.

Otra duda puede tambien ocurrir; el hijo de una española casada con un extranjero y que por consiguiente está dentro del art. 20 (108 de la Ley del Registro), ¿necesitará para gozar de la nacionalidad española, de la rehabilitacion de que habla el artículo anterior, ó bastará la sola declaracion que expresamos en el art. 13?

A nuestro entender ha de bastar con esta última, mas lo cierto es que la redaccion del artículo (108) da lugar á esta duda, á menos, volvemos á repetir, que esté hecho únicamente para los hijos ilegítimos, en cuyo caso resultará que el hijo ilegítimo necesitará más solemnidades que el legítimo para gozar de la nacionalidad española, diferencia que no hallamos justificada. Pero ademas es evidente que hay dos artículos que resuelven un mismo caso de diferente modo.

El art. 105 de la ley del Registro habla de los nacidos de padre extranjero y madre española, caso que cabe perfectamente dentro del art. 108

de la misma ley. Ahora bien, el primero de los artículos sólo exige la declaracion ante el Juez municipal, en tanto que el segundo hace necesaria la rehabilitacion especial del Gobierno.

En cuanto á la mujer que contrae matrimonio con extranjero, hubiera estado mejor redactado el artículo diciendo: «Asímismo podrá recuperar la nacionalidad española la mujer que hubiese perdido esta calidad por casarse con extranjero... etc.»

En resúmen, hay cuatro medios de perder la nacionalidad española. Mas ésta puede recuperarse, bien por la sola declaracion ante el Juez municipal del domicilio que elija, en unos casos, bien obteniendo además una habilitacion especial del Gobierno en otros.

Los derechos civiles pueden perderse por otros medios, como es, por ejemplo, por pena cuando se impone la de interdiccion civil; pero no afectan en nada á la condicion de nacionalidad ó extranjería de que disfruta el penado.

Artículo 22.—Son extranjeros:

Primero. Todas las personas nacidas de padres extranjeros fuera de los dominios de España.

Segundo. Los hijos de padre extranjero y madre española, nacidos fuera de estos dominios, si no reclaman la nacionalidad de España.

Tercero. Los que han nacido en territorio español de padres extranjeros ó de padre extranjero y madre española si no hacen aquella reclamacion.

Cuarto. Los que han nacido fuera del territorio de España de padres que han perdido la nacionalidad española.

Quinto. La mujer española que contrae matrimonio con extranjero.

ORÍGENES

Art. 1.º R. D. 17 Noviembre 1852.

JURISPRUDENCIA

Sent. 16 Julio 1860.

COMENTARIO

Habiendo enumerado quiénes tienen la consideracion de españoles, parece inútil designar quiénes deben ser tenidos por extranjeros: bastaba con decir, todos los que no son españoles son extranjeros, y en último caso éste es el principio que ha informado al artículo que comentamos, y ha de servir de guía para solventar las dudas si acaso éstas se presentan á pesar de la claridad del precepto legal.

En los demas Códigos no se expresa quiénes sean extranjeros, bastando con designar los que son nacionales. Lo mismo podríamos hacer nosotros; mas ya que existe un texto que los especifica, los incluimos para mayor claridad de la materia.

Los nacionales que se hacen extranjeros sin conocimiento y autorizacion del Gobierno, no se libertan de las obligaciones consiguientes como son las de quintas, etc. Lo mismo sucede con los extranjeros que adoptan la nacionalidad española, á los cuales no se les ampara cuando tratan de excusar el cumplimiento de aquellas obligaciones en su primitiva patria.

Artículo 23.—Todo extranjero tendrá derecho:

Primero. A establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria ó dedicarse á cualquiera profesion para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las Autoridades españolas (*a*).

Segundo. A entrar y salir libremente de los puertos y poblaciones de España, y de transitar con igual libertad en su territorio, sujetándose á las reglas establecidas por las leyes para los súbditos españoles, así como á los reglamentos de puertos y policía.

Tercero. A adquirir y poseer bienes inmuebles, y tomar parte en todas las empresas que no estén reservadas por las leyes y disposiciones vigentes á los súbditos españoles.

Cuarto. A ejercer el comercio por mayor y por menor, siendo domiciliados, y solamente por mayor siendo transeuntes, bajo las condiciones que para los españoles establecen las leyes y reglamentos.

Quinto. A disfrutar, siendo domiciliados, de todos los aprovechamientos comunes del pueblo en donde tengan su domicilio (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Art. 2.º Constitucion 1876.
(*b*) Arts. 17, 18, 19 y 20 D. 17 Nov. 1852.

JURISPRUDENCIA

Es regla admitida por las naciones, con ligera excepcion, que el estatuto personal, no mediando tratado especial, debe regir todos los actos que se refieren en lo civil á la persona del extranjero, subordinándose á las leyes vigentes en el país de que es súbdito y decidiéndose por él todas las cuestiones de aptitud, capacidad y derechos personales.—Sent. 6 Nov. 1867.

COMENTARIO

Qué derechos han de gozar los súbditos de una nacion en otra distinta, es cuestion que toca al derecho internacional privado, y sobre la cual algo dejamos dicho en el art. 4.° Asi, pues, segun se trate de la capacidad ó de los actos, regirán preceptos distintos. Muchos y de no pequeña importancia son los problemas que el derecho internacional privado tiene aún sin resolver y muchas las opiniones y discusiones que ha motivado. La extension relativamente corta de este libro no nos permite ocuparnos de ellos. Baste saber que en la práctica, cuando se presentan, se resuelven con arreglo á los principios que hemos consignado (art. 4.°), en otro lugar, los que forman el artículo presente, y en todo caso por el sistema de la reciprocidad.

No suelen los Códigos de otros paises especificar ni determinar como nuestras leyes los derechos de que pueden gozar los extranjeros, sentando por lo general el principio de reciprocidad. El Código frances tiene una particularidad, pues exige que los derechos que se conceden á los franceses en otro país lo sean en virtud de los tratados. Por consiguiente—como hace observar Goyena,—no bastará que las leyes españolas, por ejemplo, concedan ciertos derechos á los súbditos franceses en España, para que nosotros los gocemos en Francia: es preciso que hayan sido concedidos en tratados; lo contrario (se dice), equivaldría á poner á Francia á discrecion de las otras potencias.

Nuestro proyecto de Código civil expresa tambien que los extranjeros gozarán de los mismos derechos civiles que gocen en su país los españoles, salvo lo dispuesto por los tratados y leyes especiales.

En las nuestras vigentes, se fijan de una manera taxativa qué cosas les son permitidas á los extranjeros; por tanto, nuestra Ley es más generosa que todas las demas, puesto que no atiende al principio siempre egoista de la reciprocidad. Bien es verdad que en materia de hospitalidad al extranjero, como hace constar Escriche, ha sido de antiguo nuestra patria más liberal que ninguna otra nacion.

En armonía, pues, con lo establecido en nuestras leyes, pueden los extranjeros en España usar de todos los derechos que se enumeran en este artículo, conservando ademas sus leyes y derechos en cuanto se refiere á la capacidad jurídica y á la validez de los testamentos, donaciones, etc., etc. Bien puede afirmarse, por lo tanto, que la condicion del extranjero en España es más favorable que en ningun otro lugar del mundo.

Ademas de los derechos que dejamos consignados en este artículo, todo extranjero gozará de los derechos enumerados en la Constitucion del Estado y que, considerados como inherentes al individuo, existen, tanto para los españoles como para los extranjeros. Así, pues, ninguno de éstos podrá ser detenido sinó en los casos y forma que las leyes prescriban, debiendo ser puestos en libertad ó entregados á la autoridad judicial dentro de las 24 horas siguientes á la detencion, y debiendo elevarse ésta á prision ó declararse terminada á las 72 horas de haberse practicado.

Nadie podrá entrar en el domicilio del extranjero sin su consentimiento, salvo ciertos y determinados casos. No podrá ser privado de su propiedad sinó por autoridad competente y en el modo y casos que las leyes señalan para los españoles (Constitucion del 76).

Todo extranjero puede adquirir por título oneroso el dominio de las naves españolas, bien que no teniendo carta de naturaleza perderán éstas su nacionalidad (D. 22 Nov. 1868).

Los extranjeros están exentos del servicio militar: pero esta excepcion no alcanza á los nietos cuando sus padres han nacido ya en territorio español (art. 24, Ley de extranjería).

Artículo 24.—Los extranjeros domiciliados y transeuntes tienen derecho á que por los tribunales españoles se les administre justicia con arreglo á las leyes en las demandas que entablen para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en España ó que deban cumplirse en España, ó cuando versen sobre bienes sitos en territorio español.

ORÍGENES

Art. 32 R. D. 17 Noviembre 1852.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 15 Francia.—30 Cerdeña.—14 Nápoles.—9.° Vaud.

COMENTARIO

Es tan natural el precepto contenido en este artículo, que de no existir sería difícil y casi insostenible la situacion del extranjero en nuestra patria. En efecto, si para pedir el cumplimiento de cualquier contrato ú obligacion, si para recurrir contra una disposicion gubernativa ó emanada del municipio ó la provincia, hubiera de apelar á los tribunales de su nacion, sobre resultar un contrasentido jurídico, serían ilusorios todos los derechos é ineficaces todas las facultades que se le reconocen por nuestras leyes.

Entendemos que, áun cuando no existiera el artículo, ningun tribunal podría dejar de oir al extranjero; si han de ser verdad los derechos que se les confieren, ha de poder exigir su cumplimiento en forma legal.

Artículo 25.—No tendrán derecho á ser considerados como extranjeros en ningun concepto legal, aquellos que no se hallen inscriptos en la clase de transeuntes ó domiciliados en las matrículas de los gobiernos de las provincias y de los cónsules respectivos de sus naciones.

Las inscripciones se renovarán en el caso de pasar el extranjero de la clase de transeunte á la de domiciliado.

ORÍGENES

Art. 12 R. D. 17 Noviembre 1852.

JURISPRUDENCIA

Sent. 25 Setiembre 1862.

No puede admitirse como supletoria la inscripcion en el respectivo consulado de otro punto en que anteriormente haya residido el extranjero, porque esto falsearía el espíritu de las disposiciones vigentes, y contra las mismas podrían atribuirse ya la cualidad de vecinos, ya la de domiciliados y transeuntes, segun más acomodase á sus fines particulares (Sent. 17 Diciembre 1863).

COMENTARIO

El buen gobierno de un pueblo y las necesidades de órden público, unidas á otras consideraciones de no ménos entidad, bastan á justificar la prevencion de este artículo. Por otra parte, requisitos indispensables que se exigen á los naturales, no podrán ménos de suponer otros análogos que pesen sobre los extraños.

Artículo 26.—Los extranjeros domiciliados y transeuntes están sujetos á las leyes de España y á los tribunales españoles por los delitos que cometan en el territorio español, y para el cumplimiento de las obligaciones que contraigan en España ó fuera de España, siempre que sean á favor de súbditos españoles.

ORÍGENES

Ley 15, tít. I, Partida 1.ª
Ley 15, tít. XIV, Partida 4.ª
Art. 29 R. D. 17 Noviembre 1852.
Art. 333 Ley orgánica del poder judicial.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 14 Cód. Francia.—11 Nápoles.—32 Cerdeña.

COMENTARIO

Si ilusorios serían los derechos del extranjero al exigírsele que reclamase su ejecucion ante los tribunales de su patria, no serían ménos ilusorios los derechos que los nacionales adquirieran por convenciones particulares con los extranjeros, si á los tribunales del país de éstos hubiesen de acudir en demanda de su cumplimiento.

En cuanto á los delitos y faltas que los extranjeros cometan, en su lugar correspondiente (art. 4.°), dijimos que las leyes penales y de policía obligaban á todos los que residan en dominios españoles, áun cuando no sean naturales.

Ninguna razon podia oponerse á la competencia de los tribunales españoles, ántes al contrario, los principios generales en la materia y los consejos de la necesidad exigían que fueran éstos los encargados de administrar justicia tratándose de ciertos y determinados actos.

Así está preceptuado en casi todos los pueblos, y sobre todo, tratándose de acciones reales ó hipotecarias no puede ménos de acatarse la jurisdiccion del lugar. El principio de *locus regit actu*, no se refiere sólo á la ley que los preside, sinó tambien á la jurisdiccion á que se sujetan.

En Francia, el simple consentimiento de dos extranjeros en ser juzgados por tribunales franceses, no obliga á éstos para que admitan el juicio ó demanda y fallen el negocio: igualmente la sola residencia del extranjero no le somete á la jurisdiccion francesa.

Entre nosotros es juez competente aquel á quien voluntariamente se someten las partes: ¿deberá hacerse una excepcion á este principio porque las dos partes sean extranjeras? A nuestro entender, no.

En cuanto á que la sola residencia, no someta á la jurisdiccion, entendemos que esto será siempre que no se trate de delitos ó faltas, en cuyos dos casos no creemos admisible la excepcion.

Artículo 27.—En los negocios entre extranjeros, ó contra extranjeros, aunque no procedan de accion real ni de accion personal, por obligaciones contraídas en España, serán sin embargo competentes los jueces españoles cuando se trate de evitar fraude, ó adoptar medidas urgentes y provisionales para detener á un deudor que intente ausentarse á fin de eludir el pago, ó para la venta de efectos expuestos á perderse en almacenes, ó para proveer interinamente de guardador á un demente, ú otros análogos.

ORÍGENES

Art. 33 R. D. 17 Noviembre 1852.

COMENTARIO

La razon del artículo la da el artículo mismo. Cuando sea posible el fraude, cuando el deudor intente eludir la obligacion desapareciendo, cuando los objetos depositados estén expuestos á perderse, cuando el huérfano ó el demente se hallen abandonados y sin el amparo de la curatela ó tutela necesarias, pueden los tribunales acudir á remediar en lo posible esos males que por lo inminentes no toleran una demora que haría inútil ó ineficaz cualquier medida ó recurso.

Estos son los móviles del artículo. No necesita mayor explicacion.

Antes de terminar esta materia, vamos á decir algo sobre las obligaciones que pesan sobre los extranjeros, los cuales no colocamos como parte integrante de este Código, porque no son de carácter civil, sinó político ó administrativo.

Los extranjeros domiciliados y transeuntes están obligados:

1.º A pagar los impuestos y contribuciones de *todas clases* que correspondan á los bienes raíces de su propiedad, del mismo modo que las correspondientes al comercio é industria que ejercieren.

Es de advertir, sin embargo, que en virtud de tratado especial con Francia, no estarán los súbditos franceses sujetos al pago de las contribuciones de guerra, anticipo, préstamos, empréstitos ú otra contribucion extraordinaria; pero no se les exime de las ordinarias.

2.º Concurrir al llamamiento judicial para declarar como testigos ó para contestar como reos de delitos cometidos dentro de España. Tambien responderán de ciertos delitos cometidos fuera de España, como son los contra la seguridad del Estado; lesa majestad; rebelion, falsificacion de la firma real ó del regente ó de los ministros ó de otros sellos públicos; falsificaciones que directamente perjudiquen el crédito del Estado, ó billetes de Banco, cuya emision esté autorizada por la Ley, etc. (Ley Orgánica.) Esto no obstante, los príncipes de las familias reinantes, los presidentes ó jefes de otros Estados, los embajadores, ministros residentes, encargados de negocios y los empleados en las legaciones, no estarán sujetos á los tribunales españoles, debiendo ser puestos á disposicion de sus respectivos Gobiernos cuando delincan.

3.º No podrán participar de los derechos políticos, ni obtener beneficios eclesiásticos, ni ejercer jurisdiccion ó autoridad.

4.º No podrán hacer comercio de cabotaje ni pescar en nuestras costas.

5.º No podrán ejercer derechos municipales, ni obtener cargos ni empleos en las diversas carreras del Estado.

Si los extranjeros fueren *domiciliados*, deberán ademas satisfacer las contribuciones municipales, las de cédula personal y las extraordinarias.

En los abintestatos de los extranjeros domiciliados y transeuntes, la autoridad local, de acuerdo con el cónsul de la nacion del finado, formará el inventario de los bienes y efectos y adoptará las disposiciones convenientes para que estén en segura custodia, hasta que se presente el heredero legítimo ó la persona que legalmente le represente.

Así en este caso como en los de sucesiones testamentarias, sólo conocerán los tribunales de las reclamaciones que ocurran sobre embargo de bienes de acreedores, y cualquiera otra que tenga por objeto el cumplimiento de las obliga-

ciones ó responsabilidades contraídas en España ó á favor de súbditos españoles.

El extranjero que obtuviere naturalizacion en España, así como el español que la obtuviere en el territorio de otra potencia sin el conocimiento y autorizacion de su Gobierno respectivo, no se libertará de las obligaciones que eran consiguientes á su nacionalidad primitiva, aunque el súbdito de España pierda en otro concepto la calidad de español. En consecuencia de esta declaracion, cuando un extranjero se haya naturalizado en España sin autorizacion de su Gobierno y pretenda por este medio eximirse de las obligaciones del servicio militar ú otras que le corresponderían en su patria primitiva, el Gobierno español no sostendrá la exencion, así como no la reconocerá en un español que alegase cambio de su nacionalidad sin haber obtenido la autorizacion expresada.

Por ley de 4 de Diciembre de 1855, se declaró que el territorio español es un asilo inviolable para todos los extranjeros y sus propiedades; que en ningun tratado diplomático podrá estipularse la extradicion de los extranjeros perseguidos y procesados por delitos políticos; que no podrán confiscarse las propiedades de los extranjeros ni áun en el caso de hallarse España en guerra con la nacion á que éstos correspondan, y gozarán de todos los derechos civiles que concedan los tratados á los extranjeros que vienen competentemente autorizados por sus gobiernos respectivos.

Tambien se dispone en la misma ley que: si un Gobierno extranjero pidiera con fundadas razones la internacion de un súbdito suyo que resida en pueblo fronterizo, el Gobierno español podrá internarlo de 10 á 30 leguas de la frontera, dando cuenta á las Cortes: y por último que, si los extranjeros refugiados en España, abusando del asilo, conspirasen contra ella ó trabajasen para destruir ó modificar sus instituciones, ó para alterar de cualquier modo la tranquilidad pública, podrá el Gobierno decretar su salida de la nacion, dando cuenta á las Cortes de los motivos que para ello tuviera.

Como se ve, todas estas disposiciones no caben dentro de un Código civil.

Artículo 28.—Lo consignado en los artículos anteriores, se entiende sin perjuicio de lo que se disponga por los tratados especiales.

ORÍGENES

Art. 3.° Ley 4 Diciembre 1855.

COMENTARIO

El principio de reciprocidad está unánimemente consagrado por los Códigos de todos los pueblos. La reciprocidad consignada en tratados diplomáticos, está aceptada en todas partes. Nuestro país no podía constituir una excepcion á este principio.

Todas las reglas que hemos consignado en los artículos precedentes, quedan derogadas por cada tratado, en cuanto hacen referencia á los súbditos de una nacion determinada. Es decir, que dichos preceptos sólo estarán en vigor cuando falten tratados especiales que dicten reglas sobre la materia. A estos tratados hemos de acudir en primer término: despues, cuando éstos no existan ó cuando sean deficientes, las leyes de extranjería nos darán la pauta de lo que debe hacerse.

Con este artículo y con el que asentase el principio de reciprocidad como base para resolver todos los conflictos de carácter internacional privado, serían inútiles las demas reglas que dejamos consignadas como derecho supletorio de las convenciones particulares entre las potencias.

TÍTULO II

DE LA VECINDAD Y DEL DOMICILIO

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA VECINDAD

Artículo 29.—Es vecino todo español emancipado que reside habitualmente en un término municipal y se halla inscrito con tal carácter en el padron del pueblo.

ORÍGENES

Art. 11 Ley municipal 2 Octubre 1877.

COMENTARIO

Diferéncianse los hombres por razon de su nacimiento, de su sexo, de su estado político y civil, de su parentesco, de su nacionalidad y del lugar en que se hallan.

De todas estas razones nacen las clasificaciones con que los autores dan mayor claridad á esta parte correspondiente al estado de las personas.

Vamos ahora á ocuparnos de las diferencias por razon de lugar. Por este concepto, divídense los hombres en vecinos y domiciliados.

De la residencia prolongada en un punto con ánimo de permanecer en él, nace el domicilio, y éste se convierte mediante ciertas condiciones en vecindad.

Nuestras leyes fueron poco terminantes cuando se ocuparon de este punto, y confundieron no pocas veces la residencia, la vecindad y el domicilio.

Las leyes administrativas han venido á determinar de un modo indudable la condicion de vecindad, necesitándose para obtenerla las tres circunstancias de estar emancipado, residir habitualmente en el término municipal y hallarse inscrito en tal concepto.

Las leyes de Partida exigían la *moranza* de diez años en una tierra para obtener en ella vecindad ó naturaleza; pero no era esta prolongada residencia, segun el sentir de algunos comentaristas, la única manera de ganarla.

El artículo de la Ley municipal no da lugar á ninguna duda racional.

Debemos hacer constar, sin embargo, que por efecto de la confusion grandísima que ha existido respecto de lo que fuera vecindad y domicilio, no siempre que se habla de vecinos ha de entenderse que se refiera la ley á los que reunen todas las circunstancias que hemos señalado. Así, por ejemplo, tratándose de testigos de un testamento que han de ser vecinos, será preciso entender esta palabra muy ampliamente, y de esta manera podrán comprenderse dentro de ella el criado doméstico y las personas residentes en el lugar del otorgamiento conforme el Tribunal Supremo tiene declarado en sentencias 17 Setiembre 1858, 29 Diciembre 1859 y 17 Enero 1868.

En muchos Códigos se omite la clasificacion de vecinos y domiciliados, y se ocupan solamente de estos últimos por ser el domicilio el más fecundo en resultados dentro del derecho civil.

Art. 30.—El extranjero que sin haber obtenido carta de naturaleza quiera ganar vecindad en un pueblo de la monarquía, deberá residir en él por espacio de tres años; renunciar ante el juez municipal de su domicilio á la nacionalidad que ántes tenía, y probar ademas alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Vivir sobre sí, con domicilio fijo.

2.ª Hallarse casado con española y teniendo domicilio en España.

3.ª Haberse arraigado en el Reino comprando y adquiriendo bienes raíces.

4.ª Ejercer ó haber ejercido cargos públicos.

5.ª Tener domicilio continuado durante diez años.

6.ª Estar gozando de los aprovechamientos vecinales.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XI, lib. VI, Nov. Rec.
Art. 102, Ley Registro civil.

COMENTARIO

Nuestras leyes no consideran vecino solamente al español, sinó tambien al extranjero que reune ciertas condiciones.

En este punto nuestras leyes adolecen del defecto de haberse ido modificando sucesivamente, conservando palabras que hoy tienen un sentido, y significacion completamente diferentes. En efecto, la *vecindad* de que habla este artículo, no es al fin y al cabo más que una *forma de naturalizacion* y así, ganada la naturaleza de este modo, y convertido por su virtud en verdadero español, goza de los derechos de tal y se le considera como vecino para los efectos políticos y civiles.

Resulta, pues, que no hay verdaderamente extranjeros vecinos en España, puesto que desde el momento en que ganan la vecindad, pierden su antigua nacionalidad para convertirse en españoles.

Por esta razon, hemos dudado si debíamos colocar este artículo en este lugar ó en el capítulo de extranjeros, militando tantas razones para colocarlo en aquel lugar como en éste, mas al fin nos decidimos por el último, en atencion á ser el elegido por el proyecto de Código, cuyo plan seguimos en cuanto nos es posible, y porque áun cuando la *vecindad* de que aquí se habla es una especie de naturalizacion, el legislador parece no querer darle este carácter.

¿El extranjero vecino, es tal extranjero? ¿puede impetrar el auxilio de su pabellon? ¿puede eximirse de una sola de las obligaciones que pesan sobre el natural?

Artículo 31.—Todo español ha de constar empadronado como vecino ó domiciliado en algun municipio.

El que tuviere residencia alternativa en varios, optará por la vecindad de uno de ellos.

Nadie puede ser vecino de más de un pueblo: si alguno se hallase inscrito en el padron de dos ó más pueblos, se estimará como válida la vecindad últimamente declarada, quedando desde entónces anuladas las anteriores.

ORÍGENES

Art. 12 Ley municipal.

COMENTARIO

La obligacion de todo ciudadano de inscribirse en uso de los dos conceptos de vecino ó domiciliado, es consecuencia inmediata de las obligaciones que por una ú otra consideracion pesan sobre él, y es, por otra parte, una necesidad de buen gobierno.

La no inscripcion en los padrones municipales, constituye en Francia el delito de vagancia.

En nuestro país, si bien no constituye un delito la vagancia, se considera en el Código como circunstancia de agravacion, y la no existencia del domicilio es siempre un dato importante cuando se trata de calificar al vago, por más que el Código penal no haga consistir la vagancia en la sola falta de domicilio (circunstancia 23.ª del artículo 10).

El principio de que ninguno puede ser vecino de dos pueblos á un tiempo mismo, es consecuencia, segun expresa el autor de las *Concordancias*, de que la vecindad requiere residencia, y es físicamente imposible que nadie esté á un mismo tiempo en dos lugares.

Han existido, sin embargo, excepciones á este principio, pues en Navarra había las vecindades *foráneas* á favor de los fijosdalgo, quienes sin estar obligados á residir gozaban en los aprovechamientos comunes de los pueblos doble porcion que los labradores verdaderos vecinos residentes: tambien Campomanes en su expediente de Extremadura habla de vecindades mañeras.

El artículo de la Ley municipal señala cuál es el domicilio que ha de tenerse por válido en el caso de que se tenga residencia alternativa, ó en el de que cualquiera estuviese inscrito á un mismo tiempo en dos ó más términos municipales.

Artículo 32.—La cualidad de vecino es declarada de oficio ó á instancia de parte por el Ayuntamiento respectivo.

ORÍGENES

Art. 13 Ley municipal.

Artículo 33.—El Ayuntamiento declarará de oficio, vecino á todo español emancipado que en la época de formarse ó rectificarse el padron, lleve dos años de residencia fija en el término municipal.

Tambien hará igual declaracion respecto á los que en las mismas épocas ejerzan cargos públicos que exijan residencia fija en el término, áun cuando no hayan completado los dos años.

ORÍGENES

Art. 14 Ley municipal.

Artículo 34.—El Ayuntamiento, en cualquier época del año, declarará vecino á todo el que lo solicite, sin que por ello quede exento de satisfacer las cargas municipales que le correspondan hasta aquella fecha en el pueblo de su anterior residencia.

El solicitante ha de probar que lleva en el término una residencia efectiva continuada por espacio de seis meses á lo ménos.

ORÍGENES

Art. 15 Ley municipal.

COMENTARIO

Como la cualidad de vecino lleva consigo el goce de ciertos derechos y el disfrute de determinados aprovechamientos, es preciso que por la autoridad competente se haga la declaracion de quiénes son los que reunen las circunstancias necesarias para ser vecinos, y por lo tanto de quiénes pueden entrar en el disfrute de los derechos que tal cualidad trae consigo.

El Ayuntamiento es el encargado por la ley de hacer estas declaraciones, las cuales se dan de dos modos: ó bien de oficio cuando al hacerse ó rectificarse los padrones hallen persona que lleve dos años de residencia y llene las demas condiciones que en la ley se determinan, ó bien á instancia de los mismos que mediante ser emancipados y llevar seis meses de residencia, pretendan obtener la cualidad de vecino.

Es obligacion de los Ayuntamientos formar el padron de todos los habitantes existentes en su término, con expresion de su calidad de vecinos domiciliados, ó transeuntes, nombre, edad, estado, profesion, residencia y demas circunstancias que la estadística exija y el Gobierno determine.

Cada cinco años se hará un nuevo empadronamiento, el cual será rectificado todos los años intermedios, con las inscripciones de oficio ó á instancia de parte y las eliminaciones por incapacidad legal, defuncion ó traslacion de vecindad ocurridas durante el año.

Los vecinos que cambien de domicilio, los padres ó tutores de los que se incapaciten y los herederos y testamentarios de los finados, están obligados á dar al Ayuntamiento la declaracion correspondiente para que tenga efecto la eliminacion.

Hecho el empadronamiento quinquenal ó su rectificacion anual, el Ayuntamiento formará dos listas en extracto: una que exprese las alteraciones ocurridas durante el año, y otra comprensiva de todos los habitantes que resulten en el distrito al ultimarse la operacion. Estas listas se publican inmediatamente.

El empadronamiento y las rectificaciones se verificarán en el mes de Diciembre, y estarán, así como las listas, á disposicion de cuantos quieran examinarlos en la Secretaría del Ayuntamiento, los días y horas útiles.

En los quince días siguientes el Ayuntamiento recibirá las reclamaciones que cualquier residente en el término hiciere contra el empadronamiento ó sus rectificaciones, y resolverá acerca de ellas en lo restante del mes, consignando en el libro de actas el acuerdo que tome respecto á cada interesado, á quien lo comunicará por escrito inmediatamente.

Contra estas decisiones de los Ayuntamientos, procede el recurso de alzada para ante la Comision provincial.

El recurso será entablado ante el Alcalde dentro de los tres días siguientes á la notificacion escrita del acuerdo.

El Alcalde remitirá sin dilacion alguna el expediente á la Comision provincial.

La Comision, en término de un mes, resolverá ejecutivamente en vista de las razones alegadas por los interesados y el Ayuntamiento: y comunicará á éste su fallo circunstanciado, despues de lo cual, y hechas en la semana siguiente las rectificaciones á que hubiere lugar, se declarará ultimado el padron y se publicarán las listas rectificadas.

El padron es un instrumento solemne, público y fehaciente, que sirve para todos los efectos administrativos.

Los Ayuntamientos remitirán todos los años á la Diputacion provincial, en el último mes de cada año económico, un resúmen del número de vecinos. Domiciliados y transeuntes, clasificados en la forma que para el censo de poblacion determine el Gobierno.

CAPÍTULO II

DEL DOMICILIO

Artículo 35.—Es domiciliado todo español que sin estar emancipado reside habitualmente en un término municipal, formando parte de la casa ó familia de un vecino.

ORÍGENES

Art. 11 Ley municipal 1877.

COMENTARIO

En Roma lo que producía la vecindad era el orígen y el recibimiento formal de ciudadano ó munícipe. Los demas, áun cuando tuvieren domicilio fijo, eran simplemente moradores, *incolæ*.

Nuestras Leyes de Partida hablan tambien de esta especie de domicilio, que segun opiniones autorizadas, jamas ha estado en uso.

El domicilio, cuya etimología es *domum colere*, supone en primer lugar la habitacion real en un paraje, y en segundo, el ánimo de permanecer en él. *Domicilium est locus in quoquis sedem posuit larenque, et summan rerum suarum*: dice la ley 7.ª del Cód. *de Incol.* De manera, que la intencion de conservar la habitacion, es condicion necesaria para adquirir domicilio; pero, como hace observar Escriche, la intencion no basta para perderlo, sinó que se necesita mudar la habitacion á otro lugar.

De aquí se deduce que la ausencia temporal no hace perder el domicilio, y que para adquirir uno nuevo es preciso cambiar de residencia, manifestando ademas ante la Autoridad municipal, la voluntad de cambiar de domicilio, segun terminantemente tiene declarado el Tribunal Supremo.

El domicilio es de gran importancia, pues de continuo hacen las leyes relacion al domicilio, bien para exigir la cualidad de domiciliado en la que intervienen en ciertos actos, bien, y esto es lo más comun, cuando se trata de competencias, esto es, cuando se ha de fijar cuál sea el tribunal que deba conocer de un asunto ó litigio cualquiera.

El domicilio puede ser de dos clases: domicilio real ó verdadero, y domicilio de eleccion. El primero es aquel en que existe la morada ó habitacion del domiciliado. El segundo es el que se escoge para ciertos casos. Este último tiene aplicacion cuando se trata de juicios, como por ejemplo, cuando al verificarse un contrato se fija en él una localidad determinada para que sus tribunales entiendan en los litigios que del mismo contrato se deriven. Domicilio de eleccion, es tambien el aceptado por las compañías y sociedades mercantiles en los estatutos ó en la escritura de su constitucion; y lo es el lugar del cumplimiento de un contrato cuando no tiene allí su domicilio ni el demandado ni el demandante.

En algunos países, como en Francia, existe la distincion entre el domicilio *civil* y el *político*, segun los derechos de cuyo goce se trata.

Artículo 36.—Los extranjeros que residan en España sin haber adquirido carta de naturaleza ni ganado vecindad, son extranjeros domiciliados ó transeuntes.

Se entenderán domiciliados para los efectos legales, aquellos que se hallen establecidos con casa abierta ó residencia fija ó prolongada por tres años, y bienes propios ó industria y modo de vivir conocido en territorio de la monarquía con el permiso de la autoridad superior civil de la provincia.

Se consideran transeuntes los extranjeros que no tengan su residencia fija en el reino del modo que expresa el párrafo anterior.

ORÍGENES

Arts. 3.º, 4.º y 5.º R. D. 17 Noviembre 1852.

JURISPRUDENCIA

El R. D. 1852 reduce la clasificacion de los extranjeros á domiciliados y transeuntes para el efecto de gozar el fuero de extranjería (Sent. 25 Setiembre 1862).

Sobre la calificacion de domiciliados y transeuntes, se ha declarado que son tenidos por tales, segun el art. 3.°, los extranjeros que residen en España sin carta de naturaleza ó que no han ganado vecindad (Sent. 17 Diciembre 1863).

Transeunte se considera tambien el extranjero que viene á estos reinos de paso, sin ánimo de permanecer en ellos (Sent. 14 Noviembre 1859).

Artículo 37.—Los extranjeros que quieran fijar su residencia ó domicilio en territorio español, deberán declararlo así ante el juez municipal del pueblo en que piensen residir, quien procederá en el acto á la correspondiente inscripcion en el registro de ciudadanía, expresando en el asiento tambien, con referencia á la simple manifestacion del declarante y sin exigirle la presentacion de las respectivas partidas de nacimiento y matrimonio, su nombre y apellido, los de su padre, esposa é hijos, su edad, lugar de su nacimiento y su profesion ú oficio. Igualmente declarará el interesado, y se expresará en la inscripcion, el objeto que se proponga al fijar su domicilio en España, como si es el de ejercer el oficio ó profesion que haya declarado, el de arraigarse y vivir de sus rentas ú otro cualquiera.

ORÍGENES

Art. 110 Ley Registro civil.

Artículo 38.—Tambien deben inscribirse en el registro de ciudadanía los cambios de domicilio de un término municipal á otro, que hagan los extranjeros. Esta inscripcion se hará primeramente en el registro del distrito que se abandona; y con presencia de certificacion auténtica de ella, se repetirá en el registro del distrito del domicilio nuevamente elegido.

ORÍGENES

Art. 111 Ley Registro civil.

JURISPRUDENCIA

El extranjero que cambia de provincia y no cuida de que se inscriba su nombre en el Gobierno de aquella adonde se traslada, no tiene derecho á que se le considere como extranjero (Sent. 4 Junio 1866).

COMENTARIO

Estos artículos hacen referencia únicamente á las formalidades que deben observarse por los extranjeros que vienen á estos reinos. Habiendo variado la organizacion de los registros de extranjeros, ya no se hacen las inscripciones ante los Gobernadores, sinó ante los jueces municipales, por lo cual debe entenderse modificada en este sentido la jurisprudencia que dejamos citada.

Artículo 39.—El lugar en que el español tiene su habitual residencia es el de su domicilio.

ORÍGENES

R. O. 20 Agosto 1849, confirmada por otra de 30 Agosto 1853.

Art. 11 Ley Municipal 1877.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 102 Cód. Francia.—66 Sardo.—74 Holanda.—41 Portugal.—16 Italia.—42 Luisiana.—73 Bolivia.—26 Méjico.

JURISPRUDENCIA

El domicilio no se pierde por la ausencia temporal ni por la simple residencia en lugar diferente (Sent. 6 Diciembre 1868).

Todo español puede variar su domicilio cuando y como le convenga (Sent. 8 Marzo 1859.)

Para cambiar de domicilio es indispensable manifestar formalmente su voluntad de cambiar, ante la autoridad local de la nueva residencia (Sent. 18 Noviembre 1859, 26 Marzo 1861 y 27 Noviembre 1868).

COMENTARIO

El precepto legal clarísimo, unido á las declaraciones de la jurisprudencia que dejamos consignadas, no ha de menester ninguna nueva explicacion.

Artículo 40.—El domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente

de sus maridos, será el que éstos tengan.

ORÍGENES

Ley 32, tít. II, Partida 3.ª
Ley 3.ª, tít. XI, lib. III, Nov. Rec.
Art. 310 Ley Orgánica del poder judicial.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 18 Cód. Italia.—108 Francia.—47 Portugal.—78 Holanda.—71 Sardo.—Ley 22, tít. I, lib. L, Digesto.—Ley 13, tít. I, lib. XII, Código.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Julio 1869.
Sent. 29 Marzo 1870.
Sent. 5 Noviembre 1872.

COMENTARIO

El domicilio que se determina por el de otras personas, se llama relativo. De esta especie es el de la mujer casada, no separada de su marido por sentencia firme.

El principio sentado en nuestro artículo, no se quebranta por el depósito judicial en distinto punto en que la mujer se halle constituída á consecuencia de demanda de divorcio, porque dicho depósito es provisional, transitorio, variable, y sólo produce el hecho momentáneo de la residencia, no siendo bastante para destruir el derecho permanente ó habitual del domicilio que, como todos los derechos que se derivan del matrimonio, está vivo por la ley civil y canónica, ínterin no se pronuncie la sentencia de divorcio (Decision del Tribunal Supremo, 13 Julio 1869). El divorcio separa el domicilio, porque como dice la ley 1.ª, tít. X, Partida 4.ª, «el divorcio departe la mujer del marido, é el marido de la mujer.»

Artículo 41.—El domicilio de los hijos constituídos en potestad, es el de sus padres. El de los menores ó incapacitados sujetos á tutela ó curaduría, el de sus guardadores.

ORÍGENES

Art. 310 Ley Orgánica del poder judicial.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 108 Cód. Francia.—18 Italia.—48 y 49 Portugal.—79 Holanda.—72 Sardo.

JURISPRUDENCIA

Sent. 21 Agosto 1873.

COMENTARIO

El domicilio, cuyo principal objeto es fijar el lugar para el ejercicio de todos los derechos civiles, no puede ser otro, tratándose de menores é incapacitados, que el de sus padres, tutores ó curadores en su caso, porque no pudiendo ellos ejercer por sí todos sus derechos, y teniendo necesidad en cada caso de la autorizacion y la asistencia de los padres, tutores ó curadores, han de seguir forzosamente el domicilio de éstos.

Podrían suscitarse algunas dudas respecto á cuál sea el domicilio preferente, cuando el menor tenga el carácter de comerciante, empleado, mujer casada ú otro cualquiera. En estos casos, ¿sería domicilio del menor el de su padre ó cualquiera de los otros que la ley señala?

Esta duda no deja de tener graves dificultades para ser resuelta, pues en la mayor parte de los casos parece que el domicilio paterno ó del tutor ó curador, debe ceder ante el del comerciante ó empleado, y sobre todo al del marido, cuando el menor sea mujer casada.

Sin embargo, en otras ocasiones habría de prevalecer el domicilio paterno, y así, por ejemplo, cuando se trate de los efectos de la testamentaria del menor que vive con su padre, es domicilio el del padre, aunque el menor sea militar (Sent. de 21 Agosto de 1873).

La disposicion de este artículo tambien comprende al hijo adoptivo y á los ilegítimos reconocidos.

Muerto el curador, y miéntras se hace el nuevo nombramiento, ¿cuál será el domicilio del menor, el suyo natural ó el del curador ó tutor que falleció? Creemos que en este caso y los demas análogos debe reputarse legítimo domicilio el propio y natural del menor.

Artículo 42.—El domicilio legal de los militares en servicio activo, es el del pueblo en que se hallare el cuerpo á que pertenezcan.

ORÍGENES

Art. 314 Ley Orgánica del poder judicial.
Art. 29 Ley Matrimonio civil.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Ley 23, párr. 1.°, tít. L, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Para los efectos de la testamentaría del menor que vive con su padre, es domicilio el del padre, aunque el menor sea militar (Sent. 21 Agosto 1873).

COMENTARIO

Abolido el fuero militar, en lo civil creemos con Goyena que debería permitírseles conservar el domicilio que tenían al entrar en el servicio, porque de otro modo podría fácilmente acontecer, que hubiera tantos jueces como pleitos, por más que no desconocemos que esto tendría tambien muchos y graves inconvenientes, porque tal vez no volviese jamas, ó por lo ménos en mucho tiempo, á residir en el domicilio primitivo.

Artículo 43.—El domicilio de los empleados es el pueblo en que sirviesen su destino, y cuando por razon de éste, ambularan continuamente, se considerarán domiciliados en el pueblo en que vivieren con más frecuencia.

ORÍGENES

Art. 313 Ley Organica del poder judicial.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 107 Cód. Francia.

JURISPRUDENCIA

Sent. 28 Julio 1854.
Sent. 29 Setiembre 1864.

COMENTARIO

El Código frances establece una distincion. En el artículo 106 dice: «El ciudadano que sea llamado á desempeñar un cargo público temporal ó revocable, conservará el domicilio que tuviere anteriormente, si no ha manifestado intencion contraria.» Y en el 107 dice: «La aceptacion de cargos vitalicios, lleva consigo la traslacion inmediata del domicilio del funcionario al lugar donde deba ejercer sus funciones.»

Nuestra ley no consigna esta distincion, pero téngase presente que el artículo habla solamente de empleados y de ningun modo de los *funcionarios* que, como los diputados y senadores, conservan su domicilio natural.

Artículo 44.—El domicilio de los comerciantes en todo lo que concierne á actos ó contratos mercantiles y á sus consecuencias será el pueblo donde tuvieren el centro de sus operaciones comerciales.

Los que tuvieren establecimientos mercantiles á su cargo en diferentes partidos judiciales, podrán ser demandados por acciones personales en aquel en que tuviesen el principal establecimiento, ó en que se hubiesen obligado á eleccion del demandante.

ORÍGENES

Art. 311 Ley Orgánica del poder judicial.

JURISPRUDENCIA

Sent. 5 Octubre 1872.

COMENTARIO

Constituyendo la cualidad de comerciante una situacion especial, fuente de derecho y obligaciones de un órden distinto de los comunes, han de tener su domicilio allí donde esté el centro de operaciones comerciales ó el de más importancia cuando hubiese varios de los mismos.

Artículo 45.—El domicilio de una persona que no tiene residencia habitual, es el lugar en que se halle, á ménos que dé fianza de estar á derecho en el lugar en que more, ó en el que se celebró el contrato, ó en el que deba ser cumplido, á eleccion del demandante.

ORÍGENES

Ley 32, tít. II, Partida 3.ª

COMENTARIO

Todo español tiene obligacion de hallarse domiciliado en algun término municipal; pero si faltase á esta obligacion no por eso se hallaría libre de responder ante los tribunales por las obligaciones que válidamente haya contraido.

En este caso, faltando el domicilio, puede el acreedor pedir fianza al deudor que responda de estar á derecho, esto es, de tener por competente para las reclamaciones que por la deuda se ocasionen, el juez del lugar donde resida, ó el del lugar donde el contrato se celebró ó don-

de deba ser cumplido; y si no se otorgase la fianza, las demas reglas en materia de competencias determinarán cuál sea el tribunal competente, de manera que por la falta de domicilio jamas pueda eludirse el cumplimiento de una obligacion. Estas disposiciones hacen hoy inútil en la mayor parte de los casos nuestro artículo; pero su doctrina no se halla derogada, y por otra parte puede alguna vez ser de alguna conveniencia.

Artículo 46.—El domicilio de las compañías civiles y mercantiles es el pueblo que como tal esté señalado en la escritura de sociedad ó en los estatutos por que se rijan.

ORÍGENES

Art. 312 Ley Orgánica del poder judicial.

JURISPRUDENCIA

Sent. 15 Febrero 1860.

COMENTARIO

Pudiendo adquirir derechos y contraer obligaciones así las personas individuales como las morales ó jurídicas, ha sido necesario asignar á estas últimas un domicilio artificialmente, pero con el cual se obtengan los mismos resultados que con el domicilio de los individuos. De este modo la costumbre ha hecho que á las universidades, iglesias, etc., se los tenga por domiciliados en el lugar donde están sitas, y la ley ha venido á confirmar este principio.

Tratándose de sociedades, aún es mayor la necesidad de asignarles un domicilio, y el artículo trascrito señala aquel que se designe en los estatutos ó escritura. Idéntico principio puede aplicarse cuando se trate de sociedades anónimas y tengan agentes en varias partes (Sentencia del Tribunal Supremo 15 Febrero 1860).

TÍTULO III

DEL MATRIMONIO

Artículo 47.—El matrimonio es por su naturaleza perpetuo é indisoluble.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. II, Partida 4.ª
Art. 1.º Ley Matrimonio civil 1870.

COMENTARIO

«Matrimonio es ayuntamiento de marido e de muger, fecho con tal entencion de beuir *siempre* en uno e de non se departir; dice la Ley 1.ª, lib. II, Partida 4.ª»

La perpetuidad é indisolubilidad del vínculo, primera circunstancia que han hecho constar en todo tiempo nuestras Leyes, proviene de la naturaleza misma del matrimonio.

En el órden civil lo hallamos consignado en la Ley de Partida, en cuantos cuerpos legales tratan de esta materia, y en la Ley del Matrimonio civil, cuyos preceptos rigen hoy la familia española, pues sólo ha podido ser derogada en parte, y esa de una manera que ha producido el escándalo, la perturbacion y la inmoralidad, cuyos resultados tocamos todos los días; la Ley de Matrimonio civil, repetimos, asienta con toda claridad la perpetuidad del vínculo.

Considerando al matrimonio como contrato meramente civil ó natural, no es rescindible, como los demas contratos, diciendo un gran error los que afirman que en todo caso lo que crea el consentimiento lo deshace el disenso. Consideraciones de moral pública unidas á la situacion de la mujer y estado de los hijos, hacen desemejante esta union á los demas contratos.

Esto no obstante, aventuramos la idea de que el divorcio en cuanto al vínculo, al lado de los inconvenientes que le acompañan, traería más de una vez ventajas y sería remedio á ciertos males que es preciso curar.

En Francia, por la Ley de 1803, existía el divorcio en cuanto al vínculo, pero se obolió en 8 de Mayo de 1816.

Considerando el matrimonio como sacramento, refiere San Mateo que los fariseos se acercaron á Jesus y le preguntaron: «¿Es lícito á un hombre repudiar á su mujer por cualquiera causa? A cuya pregunta contestó aquél (1): No habéis leído que el que hizo al hombre desde el principio varon y hembra, los hizo y dijo: por esto dejará el hombre padre y madre, y se ayuntará á su mujer, y serán dos en una carne? Así que ya no son dos, sinó una carne. Por tanto, lo que Dios juntó el hombre no lo separe.»

Jesucristo, pues, instituyó el sacramento como indisoluble, y San Lúcas, cap. XVI, v. 18, dice: *Omnis, qui dimittit uxorem suam, et alteram ducit, mæchatur: et qui dimissam a viro ducit, mæchatur.*

En caso de fornicacion, sin embargo, y algun otro, ha lugar al divorcio, pero no en cuanto al vínculo, sinó sólo en sentido de separacion (2).

Y el Concilio de Trento dice así: «Si alguno dijere que la Iglesia yerra cuando ha enseñado y enseña, segun la doctrina evangélica y apostólica, que el vínculo del matrimonio no puede disolverse por el adulterio de uno de los dos consortes; lo mismo que al enseñar que ninguno de los dos, ni aun el inocente que no dió motivo al adulterio, puede contraer otro matrimonio viviendo el otro consorte, y que incurre en fornicacion el que se casare con otra, dejando la primera por adulterio, ó la que dejando

(1) San Mateo, cap. XIX, v. 3.º
(2) Véase la *Teología* de Perrone, Bouvier, Charmes, Billuart, etc., en sus respectivos tratados de matrimonio.

al adúltero se casare con otro, sea excomulgado» (1).

Este principio no es, sin embargo, tan universal como comunmente se cree.

Hé aquí lo que decía el Ministro de Gracia y Justicia en una ocasion solemne (2): «Cada religion, cada secta, áun dentro del cristianismo, tiene un derecho matrimonial esencialmente diverso; y añadiré más, y no os asombre: la misma Iglesia católica no tiene la unidad de derecho matrimonial. La de Occidente, por ejemplo, declara la indisolubilidad de los matrimonios en todos los casos, excepto en el de la profesion religiosa de uno de los contrayentes, ántes del matrimonio ya consumado; la Iglesia griega, y claro es que me refiero á la que forma parte de la católica, admite la disolubilidad del matrimonio por causa de adulterio. Ved, pues, una diferencia capital, esencial, ante el derecho matrimonial de la Iglesia católica de Occidente y de la Iglesia católica oriental.

»Comparad ahora la legislacion matrimonial de la Iglesia católica con la de las demas sectas cristianas: no tengo noticia de una sola, señores diputados, que admita la indisolubilidad del vínculo matrimonial; todas aceptan el divorcio en cuanto al vínculo; la diferencia está en que las unas lo admiten por mayor número de causas que las otras; pero todas lo declaran por razon de adulterio; la mayor parte lo admiten tambien por causa de abandono malicioso, y hasta hay muchas que reconocen como causa bastante la incompatibilidad de caractéres.»

Por otra parte, en Inglaterra se introdujo el divorcio por una ley de 1857, que no llegó á sancionarse.

Mas la experiencia enseña, que dejando abierta para el divorcio la ley, se llega en breve á la desmoralizacion más horrible.

En 1865 el Consistorio de Chauzzemborg (protestante), decretó en el mes de Agosto 260 divorcios, debiendo advertir que la poblacion protestante de la ciudad era de 500.000 habitantes.

En Prusia, en los tres años anteriores á 1854, hubo unos 2.841 divorcios al año.

En los Estados-Unidos corresponden á cada año unos 5.000 divorcios.

Y en California, en Febrero de 1855, hubo cuatro matrimonios y diez divorcios.

(1) Sesion XXIV, cánon 7.°
(2) Discurso pronunciado por el Excmo. Sr. D. Eugenio Montero Rios en el Congreso, en la sesion de 29 de Abril de 1870.

Estos datos prueban á un mismo tiempo, que el divorcio se ha aceptado en varias épocas y lugares, y que su influjo ha sido en muchas ocasiones perturbador é inmoral.

Véanse nuestros artículos sobre divorcio.

Art. 48. El matrimonio podrá celebrarse bajo una de las dos formas siguientes:

1.ª Con arreglo á los sagrados cánones, por los que pertenezcan á la religion católica.

2.ª Con arreglo á la ley civil, por los que ostensiblemente manifiesten que no pertenecen á la Iglesia católica.

ORÍGENES

Art. 2.° Ley Matrimonio civil.
D. 9 Febrero 1875.
Circ. 2 Marzo 1875.

COMENTARIO

Hasta el año 1870 se celebraron en España los matrimonios con arreglo á las disposiciones de los sagrados cánones, que habían sido aceptados por el Estado como leyes civiles por pragmática de 12 de Julio de 1564, dándose á estas uniones todos los efectos civiles de nuestras leyes.

La revolucion de Setiembre de 1868 trajo consigo, y llegó á implantar en nuestras leyes y costumbres, nuevos principios políticos, de continuo reclamados por la ciencia y por la necesidad, siendo uno de ellos el de la libertad de conciencia, traducida entre otras en la de cultos, garantía de todas las creencias que hubo de traer, como consecuencia inmediata, reformas importantes en todos los órdenes de la vida.

La familia, que ha vivido siempre al amparo de las religiones, necesitaba ser regida por preceptos que sacasen á salvo los derechos consignados en la Constitucion; y el Estado volviendo por sus fueros, dictó la Ley provisional del Matrimonio civil, legislacion que se trató de matar por los enconos de la reaccion, pero que en gran parte subsiste todavía.

El Decreto de 9 de Febrero de 1875, anuló la mencionada Ley, en cuanto á los católicos, dejándola, sin embargo, subsistente respecto á los efectos puramente civiles del matrimonio, y en cuanto á los que no pertenezcan á la Iglesia católica.

De aquí ha resultado la dualidad de legislaciones en esta materia, dualidad cuyos resultados no pueden ser nunca ventajosos.

¿Tiene el Estado poder y facultad para legis-

lar sobre el matrimonio? Esta es la primera cuestion que hubo de tenerse presente cuando se trató de reglamentar este contrato.

Veamos qué dice sobre este punto la autoridad más respetable en la materia (1).

«Hasta el siglo XVI, esto es, hasta el Concilio de Trento, no puede decirse, y sobre todo por los católicos, que el matrimonio civil no fuese verdadero matrimonio, aunque no se celebrase con arreglo á las prescripciones de la religion católica. Negarles este carácter sería una verdadera herejía, condenada por la Iglesia, puesto que el Concilio de Trento declaró hereje al que negase la validez de los matrimonios clandestinos celebrados hasta entónces; y los matrimonios clandestinos, en su mayor número, eran matrimonios civiles, aunque de peor índole que el que establece el proyecto de ley que discutimos, porque se celebraban sin publicidad y sin intervencion del Estado. La Iglesia declaró que aquellos matrimonios eran válidos, y lo declaró como dogma, no como punto de disciplina. De suerte que están fuera de la Iglesia todos aquellos que desconozcan la validez de esos matrimonios civiles celebrados hasta el siglo XVI.

»Pero hay más: la Iglesia no declaró lo contrario como dogma en el Concilio de Trento para los matrimonios que se celebrasen en lo sucesivo. Lo que la Iglesia hizo fué declarar que era condicion indispensable para la validez del sacramento la asistencia del párroco y testigos; pero esta declaracion no ha sido dogmática, sinó puramente disciplinaria. Conste esto, que es muy importante, y por ello yo, *tuta conscientia*, sin lastimar en lo más mínimo la pureza de mi fe religiosa, pudiera decir que la validez del matrimonio no es de fe que depende de la asistencia del párroco.

»Y ademas, ¿cómo se hizo esa declaracion? Os lo voy á decir. En 1563, al llegar al término de sus tareas aquel Concilio, se suscitó la discusion sobre tan importante materia. Estaba en la conciencia de todos los hombres que se inspiraban, no solamente en los sentimientos católicos, sinó en los de moralidad social, la necesidad de poner un freno á los matrimonios clandestinos, que era muy difícil distinguir de los concubinatos. Los Padres de la Iglesia, como representantes de la moral y de la religion, no podían ménos de adoptar alguna disposicion ántes de disolverse aquella augusta Asamblea, y comenzaron, en efecto, las discusiones.

»Pero no creáis que la necesidad de oponer un dique á la celebracion del matrimonio clandestino llevó á los Padres á la unanimidad en la declaracion de su nulidad á partir desde entónces, no; todo ménos que eso. Ilustres prelados, gloria y honra de la Iglesia católica, sostuvieron la validez de estos matrimonios, hasta bajo el punto de vista dogmático, y opinaron que era herético prohibirlos para lo futuro. Uno de ellos, el Patriarca de Jerusalen, y otro el Cardenal Madruchi. Continuaron las discusiones, y cuando llegó el caso de la votacion ¿sabéis cuál fué el resultado? Pues votaron por la validez del clandestino, ó sea matrimonio civil, de los cuatro legados Cardenales que presidían el Concilio en nombre del Papa, dos: el uno el Cardenal Osio, y el otro el Cardenal Simonetta. Los dos votaron por el matrimonio civil, puesto que lo comprendía el clandestino; aunque como buenos Cardenales y como dignos representantes de la Silla católica, añadieron que sometían su opinion y su voto á la decision del Santo Padre.

»Votaron con ellos dos Patriarcas, el de Venecia y el de Jerusalen, y con ellos más de 50 Padres. De suerte, que el decreto relativo á la necesidad de la intervencion del párroco en el matrimonio, ó sea la condenacion del matrimonio civil como sacramento, fué adoptado por 130 Padres con una minoría de sesenta y tantos votos. Bueno es que consten estos detalles, para que desde luégo se comprenda que la causa del matrimonio civil no está tan abandonada que no cuente ó haya contado en todo tiempo con defensores tan ilustres como esos Padres de la Iglesia católica cuyos nombres acabo de citar.

»Pero hay más, Sres. Diputados. ¿Sabéis quiénes defendian el matrimonio civil en aquel concilio? ¿Sabéis quiénes defendian ese matrimonio, que se ha calificado aquí hasta de contrario al dogma de la Iglesia, añadiendo que debía ser combatido por el clero, que estaría en su derecho considerándolo como un concubinato? Pues eran personas de ortodoxia tan esclarecida como un Obispo italiano, que no había de ser contrario á los intereses de la Iglesia, como el célebre Obispo de Ipres, varon eminente en saber y en virtudes; como el Obispo de Gerona y el de Salamanca; y ¡cosa peregrina y rara, señores Diputados, como el Padre Lainez, general de los jesuitas!

»De esta manera, aunque dando otro giro á la cuestion, pero reconociendo la competencia del

(1) Excmo. Sr. D. Eugenio Montero Rios. Discurso ántes citado.

Estado para considerar el matrimonio como contrato, opinaba tambien el entónces ilustre español gloria de nuestra patria, el célebre fray Bartolomé de los Mártires, quien decia que el matrimonio era un contrato, y que como tal estaba sometido al poder de la república.

»Pero hay más todavía que esto: aceptemos el decreto del Concilio de Trento con el carácter de dogmático: no tengo inconveniente en ello. Aun así, la Iglesia católica no considera incompatible con el religioso el matrimonio civil. La Iglesia católica, sobre todo, como una de las reformas de su conducta, y como uno de sus más respetables preceptos, tiene consignado que el matrimonio civil debe ser respetado por sus ministros: que la ley que el Estado establezca para organizar esta institucion debe ser por ellos obedecida y acatada, debiendo todos promover, facilitar y favorecer su cumplimiento. ¿Creéis que la Iglesia favorecería el cumplimiento de una ley herética, ó pretendéis que pueda y quiera apoyar y defender una ley que le sea hostil, que ataque directamente sus intereses y su conveniencia en el órden espiritual? Pues recordad, Sres. Diputados, lo que ha sucedido en la Servia católica cuando formaba parte del imperio de Turquía. Se hallaba establecido en aquel país el matrimonio civil, y los católicos tenían necesidad de concurrir ante el Cadí turco para celebrarlo.

»Lastimóse su conciencia: dudaron si les era lícito cumplir ese deber civil sin faltar á sus deberes religiosos, y acudieron á la Silla apostólica en consulta. La ocupaba entónces uno de los varones más ilustres, y que mayor esplendor han dado á la Iglesia en la edad moderna, Benedicto XIV. ¿Sabéis lo que decidió este Pontífice? Que los católicos debian acudir ante el Cadí turco sin temor de lastimar en manera alguna sus conciencias, puesto que no iban allí á celebrar el matrimonio con carácter religioso, sinó con carácter civil.

»Surgió la misma duda en la conciencia de los misioneros que se hallaban combatiendo la herejia en Holanda y en Bélgica, y consultaron tambien á la santidad de Benedicto XIV. ¿Sabéis qué resolucion produjo esta segunda consulta? Pues en 1742, por el Breve que lleva el título *Redittæ sunt nobis*, declaró aquel Pontífice, que los católicos podían concurrir ante las autoridades civiles herejes á celebrar el matrimonio civil, si bien esto no les eximía de la obligacion de celebrarlo despues ante el párroco, por haberse promulgado en aquellas provincias el Concilio de Trento.

»Pero no es esto todo: en ese Breve decía Benedicto XIV á aquellos misioneros, que los párrocos de las provincias unidas estaban en el deber de no autorizar ningun matrimonio religioso entre católicos, hasta tanto que los contrayentes hubieran prometido celebrar el matrimonio ante la autoridad civil, y con arreglo á la Ley civil. Pío VIII declaró que los católicos de las provincias del Oeste de Prusia podían celebrar válida y legítimamente, sin responsabilidad alguna en el órden religioso, el matrimonio civil.»

Y si esta copia de datos no fuere suficiente á probar que la misma Iglesia reconoce en el Estado la libre facultad de legislar sobre los matrimonios, Santo Tomás dice (1): *el matrimonio, como que se dirige al bien político, está sujeto á lo que ordene la Ley civil.* Y en efecto, ¿cómo podría la Iglesia haber despojado al Estado de una facultad que ha ejercido alguna vez, siendo la potestad eclesiástica totalmente espiritual?

Los Códigos de Francia, Holanda y Luisiana, no ven en el matrimonio más que un contrato. Los demas lo consideran como sacramento.

En nuestro país, por virtud del Decreto de 1875, tiene ambos aspectos, segun dejamos indicado.

(1) S. Thomas, lib. IV, *Contra gentiles*, cap. 78.

PARTE PRIMERA

DEL MATRIMONIO CANÓNICO

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS ESPONSALES

Artículo 49.—La promesa de futuro matrimonio es válida (*a*) siempre que reuna las siguientes condiciones:

1.ª Que los contrayentes sean mayores de siete años, ó siendo menores ratifiquen la promesa al llegar á esta edad (*b*).

2.ª Que hayan obtenido el consentimiento ó consejo de las personas llamadas á prestarlos, en el mismo tiempo y forma que la Ley señala para el matrimonio (*c*).

3.ª Que se otorguen por escritura pública (*d*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 1.ª, tít. I, Partida 4.ª
Ley 2.ª, tít. I, lib. III, Fuero Juzgo.
(*b*) Ley 6.ª, tít. I, Partida 4.ª
Leyes 9.ª y 10, tít. I, lib. III, Fuero Real.
(*c*) Ley 18, tít. II, lib. X, Nov. Rec.
(*d*) Idem id.

CONCORDANCIAS

Art. 54 Cód. Italia.—106 y 107 Sardo.—45 y 46 Austria.—75 Prusia.—10, lib. I, cap. VI, Baviera.—148 Nápoles.

JURISPRUDENCIA

Sent. 7 Marzo 1861.
Las donaciones hechas en la escritura de esponsales son válidas é irrevocables (Sents. 27 Marzo y 19 Abril 1865 y 16 Diciembre 1869).

COMENTARIO

La Ley de Matrimonio civil quitó toda su eficacia á los esponsales. El Decreto de 1875, al derogarla, restableció implícitamente el valor de las promesas de futuro matrimonio.

Los Códigos de Francia, Luisiana y Holanda callan sobre esta materia.

Los Códigos de Prusia, Austria, Baviera, Italia, etc., los reconocen mediante ciertas condiciones, como son las de que consten por escritura ó ante el oficial del estado civil, como en Nápoles.

En cuanto á la obligacion que crean, no se ha creído que podía llegar hasta obligar á contraer matrimonio, cuando se negase alguno de los esposos. Por esta razon se han multiplicado las causas de disolucion de los mismos; y por último, se ha creído, que áun cuando no existan motivos que de algun modo legitimen el disenso, sólo podría obligarse al que inmotivadamente niega el cumplimiento del contrato, á una indemnizacion de daños y perjuicios, como en Vaud, Baviera y Austria, ó una multa ó prision, segun las circunstancias, como en Prusia, ó la obligacion de permanecer en soltería en tanto que el esposo inocente contraiga matrimonio, como se practica en varias partes.

Antiguamente existían dos clases de esponsales, los de futuro y los de presente; pero éstos no se diferenciaban del matrimonio rato más que en que no intervenía el párroco; posteriormente el Concilio de Trento prohibió esta clase de uniones.

Para contraer esponsales es preciso tener á lo ménos la edad de siete años, prematura edad, en la cual no debiera tolerarse que por este medio se fomentasen pasiones, ni se adquiriesen obligaciones, tal vez las de mayor gravedad en la vida. El legislador, sin embargo, no ha sido exigente en este punto, y como si todavía encontrase que la edad de siete años era tardía, ha concedido fuerza y valor á los celebrados por los menores de siete años, ú otras personas en su nombre, si aquéllos al llegar á la mencionada edad *les pluguiese lo que abien fecho é lo consintieren.*

Es natural que siendo los esponsales un contrato preliminar del matrimonial, sea preciso el consentimiento de los esposos. No obstante ser tan claro y lógico este principio, el legislador ha creido conveniente consignarlo, y á fin de que en ningun tiempo nazcan dudas, ha dicho que *prometiendo ó jurando un home á otro que rescibirá una de sus hijas por muger non se facen las desposajas, porque ninguna de las fijas non están delante nin sienten en él.*

Tambien parece natural, que siendo necesario el consentimiento paterno para contraer matrimonio, no pueda prescindirse de este requisito cuando se trate de los esponsales, y tambien el legislador ha creido necesario consignarlo así de una manera terminante. Respecto á qué personas hayan de prestar el consentimiento ó consejo en su caso, véase el cap. 1.°, parte 3.ª, título III, lib. I de este Código.

Dar valor á una promesa hecha en cualquiera forma, equivalía á suscitar á cada momento pleitos ruidosos, en que, con perjuicio de la moral, se pusiesen de relieve las astucias y los engaños más repugnantes. Esto contribuyó á que el legislador no diese importancia á esas promesas, hijas de un momento de fascinacion, ó arrancadas, más bien que obtenidas, de la inexperiencia, y se exigió entónces, ademas de la concurrencia del consentimiento de los llamados á prestarle, que los esponsales se solemnizasen por medio de escritura pública.

La obligacion de casarse, que nace de los esponsales, no es absoluta ni eficaz, pues ninguno de los esposos puede ser forzado á contraerlo, porque *siquidem coacta matrimonia tristes ad infelices exitus habere solent*, segun decía Lucio III; pero sí habrá lugar á una indemnizacion de perjuicios.

Respecto á la reforma introducida por la Ley del Matrimonio civil, que despojó de todo valor civil á estas promesas, entendemos que fué una gran mejora, que tarde ó temprano habrá de admitirse.

Véase lo que dice Elizondo de los esponsales (1). «Pero como las censuras sean el último auxilio de que deba valerse la jurisdiccion espiritual, fué indispensable el establecimiento de la cárcel. En ciertas curias había una *cadena llamada de los novios*, que debían sufrir, hasta ejecutoriarse la causa por tres sentencias conformes; y lo que es más, despues de vencido, ínterin no se prestase al casamiento, sacándole cuando accedía á ello, al patio ó á las puertas de la cárcel, sin grillos, para que se dijera que contraía en plena libertad, celebrándose allí los matrimonios.»

Aunque en la actualidad nada de esto se practica, es lo cierto que los esponsales coartan siempre la voluntad de los esposos, precisamente cuando más necesitan de su libre ejercicio para obligarse.

En manos de un seductor hábil,—dice Goyena,—son un arma para combatir la virtud de una jóven apasionada ó de inferiores circunstancias: en las de una mujer artera é hipócrita, un lazo para enredar á un hombre locamente enamorado: más de una vez, los padres y los tutores los emplearon para asegurar sus combinaciones de interes, de ambicion ó vanidad, comprometiendo anticipadamente á sus hijos ó menores.

La consideracion aducida por algunos, de que por este medio puede ponerse término á las disensiones entre familias, equivale, como dice Gutierrez con mucha verdad, á que, debiendo hacer un sacrificio á la paz, se escoge por víctima el más inocente.

Algunos jurisconsultos, entre otros los continuadores del Sr. Escriche, juzgan convenientes los esponsales, cuyas ventajas no exponen, ni era posible que expusieran, limitándose á censurar la modificacion que la Ley ha introducido en consonancia con lo que exigen la convenencia y la moral.

Artículo 50.—La validez de los esponsa-

(1) Elizondo *Práctica universal*, t. VII. cap. 20.

les condicionales depende del cumplimiento de la condicion honesta.

ORÍGENES

Leyes 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. IV, Partida 4.ª

COMENTARIO

Los esponsales, como todo contrato, pueden celebrarse puramente ó bajo condicion. Las promesas de futuro matrimonio cuando son condicionales, no producirán efecto sinó en cuanto la condicion sea cumplida.

En el lugar correspondiente hablaremos de las diferentes clases de condiciones que pueden acompañar á los contratos, y que pueden por consiguiente concurrir en los esponsales. Aquí solamente hemos de consignar, que las condiciones han de ser posibles y honestas; que las imposibles se tendrán como no puestas, y que las torpes los hacen nulos si se oponen al fin del matrimonio, segun expresamente declaran las Leyes de Partida que de esta materia se ocupan.

Artículo 51.—De los esponsales nace la obligacion mutua de contraer matrimonio. Mas si uno de los esposos sin causa racional se negase á casarse, deberá permanecer en soltería.

Esta obligacion cesa por el perdon de la parte abandonada ó porque esta contraiga matrimonio con tercera persona.

ORÍGENES

Cap. XVII *ex de spons.* tit. I, lib. IV, Dec.

COMENTARIO

De los esponsales nacen dos efectos diferentes. Es el primero la obligacion de contraer matrimonio, de que ya hemos hecho mencion anteriormente. Es el segundo una especie de vínculo llamado de *pública honestidad* entre los desposados y los parientes del otro, de modo que los parientes del esposo no puedan casarse con la esposa ni las parientas de ésta con el esposo.

En cuanto á esta afinidad, el Concilio de Trento la suprimió como impedimento, siempre que fuesen nulos los esponsales, reduciéndola al primer grado en otro caso.

Respecto á la obligacion de casarse, ya hemos dicho que es más bien de conciencia, pues de otro modo no es posible compeler á un esposo á contraer el matrimonio que prometió.

Esto no será obstáculo para que haya lugar á la indemnizacion al esposo inocente, y que el culpable deba permanecer en soltería hasta que obtenga el perdon del inocente, perdon que debe presumirse cuando se une en matrimonio con tercera persona. Si ninguno de los esposos fuere inocente, ambos estarán relevados de estas obligaciones.

Artículo 52.—Mediando beso esponsalicio, la esposa hace suya la mitad de las donaciones hechas por el marido con motivo de los esponsales.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XI, Partida 4.ª
Ley 5.ª, tít. I, lib. III, Fuero Juzgo.
Ley 4.ª, tít. I, lib. V, Fuero Viejo de Castilla.
Ley 5.ª, tít. II, lib. III, Fuero Real.
Ley 3.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (52 de Toro.)

COMENTARIO

El uso del beso esponsalicio se tomó indudablemente de los gentiles; costumbre que dura todavía entre los griegos, y que entre nosotros no tiene lugar como acto solemne.

Sin embargo, nuestras leyes han cuidado de reglamentar este punto, declarando que la esposa adquiere por virtud del ósculo, la mitad de las arras ú otras donaciones, sean ó no preciosas, que el marido la hubiere hecho con ocasion de los esponsales. Sin duda ha sido la razon de esto, el que parece como que se pierde algo de la virginidad con el beso del esposo.

Si el beso precedió á los esponsales, entónces no será aplicable, segun la opinion más autorizada, el precepto de la ley, porque entónces el beso no es de esposos, sino de dos personas libres, y de consiguiente ilícito y reprobado y más digno de castigo que de premio (1).

Si el beso se verificó despues de los esponsales, pero ántes de la donacion esponsalicia, ¿podrá la esposa adquirir la mitad de lo que el esposo la done? Indudablemente que sí.

«Si la donacion fuese de la esposa al esposo, e si muriese ella ante que el matrimonio fuere acabado, entonce, quier sean besados ó non, debe tornar la cosa dada á los herederos de la esposa. E la razon por que se movieron los sabios antiguos, es porque la despo-

(1) Llamas, *Comentario á las Leyes de Toro.*

sada da el beso a su esposo, e non se entiende que lo recibe del. Cuando recibe el esposo el beso, ha ende placer e es alegre, e la esposa finca avergonzada.» Ley 3.ª, tít. XI, Partida 4.ª

¿Ganará la esposa la mitad de la donacion, habiendo intervenido ósculo, pero apartándose ella de la promesa que encierra el esponsal?

La generalidad de los autores entienden que la donacion lleva consigo la condicion del matrimonio: por consiguiente, para que éste no se celebre, es preciso que concurran causas independientes de la voluntad de la esposa y mediante justa causa. Así lo entienden Palacios Rubios, Llamas y Gutierrez. En cambio, cuando la causa de que el matrimonio no se celebre, sea una de las que no dependen de la voluntad de la esposa, entendemos que ganará la mitad de la donacion aunque no sea el esposo el que la motivó, como si hubiese rapto de la esposa por tercera persona, enfermedad contagiosa ú otra de este órden.

¿Será aplicable esta ley cuando los esponsales se verifiquen entre dos personas que estén impedidas de contraer matrimonio?

Cuando el esponsal que podemos llamar putativo, se celebre con buena fe por ambas partes, esto es, cuando ambos desconozcan el impedimento, entendemos que debe la ley tener aplicacion en gracia de la buena fe de los esposos.

Si ninguno de ellos obró de buena fe, no puede ganar la esposa la mitad de la donacion, porque la condicion del matrimonio era imposible y sin ella no cabe esponsal válido.

Si uno de los esposos tenía buena fe y el otro no, habrá que distinguir entre el esposo y la esposa. Si ésta es la inocente, ganará la mitad de la donacion y no en el otro caso.

Véase Palacios Rubios, *de donat. in vir. et ex.* párr. 36, núm. 2, y Llamas, Ley 52 de Toro, párr. 120.

Hoy esta ley ha caído en desuso, pero como no está derogada la consignamos.

Artículo 53.—Los esponsales se disuelven:

1.° Por mutuo disenso.

2.° Por matrimonio contraído con tercera persona.

3.° Por ingreso de uno de los contrayentes en religion ú órden sacro.

4.° Por infidelidad de uno de los contrayentes.

5.° Por union carnal de uno de los contrayentes con pariente del otro.

6.° Por rapto de la esposa hecho por tercera persona.

7.° Por imperfeccion ó enfermedad contagiosa, posteriores á los esponsales.

8.° Por ausencia continuada por espacio de tres años.

9.° Por voluntad tácita ó expresa de cualquiera de ellos.

En los seis últimos casos, sólo quedará anulada la obligacion respecto del esposo inocente.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. I, Partida 4.ª

COMENTARIO

La índole especial de la obligacion que envuelven los esponsales y la dificultad é inconvenientes de exigir su cumplimiento, han hecho multiplicar las causas por las que pueden disolverse.

Escriche enumera hasta quince, pero en realidad pueden concretarse á las que indicamos en nuestro artículo, y sin perjuício de que los tribunales, juzgando por analogía, acepten todas aquellas que parezcan razonables y, como aconseja un profundo jurisconsulto de nuestra época, que las partes, procediendo ajenas de toda mira interesada, se reserven el apartamiento voluntario de este contrato que admite rescision sin menoscabo de la honra y del decoro.

El conocimiento de los pleitos sobre esponsales y su rescision, corresponde á la autoridad eclesiástica segun dispone la ley 7.ª, tít. I, Partida 4.ª, y habrá de procederse en ellos, no como causas sinó como asuntos puramente civiles. (Pragmática de 1809 ántes citada.)

Con lo dicho queda terminado lo relativo á esponsales. Como ya hemos indicado, esta institucion, llena de inconvenientes, habrá de desaparecer seguramente, en seguida que nuestras leyes sean objeto de una reforma sensata.

CAPÍTULO II

DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE APTITUD NECESARIAS PARA CONTRAER MATRIMONIO CANÓNICO

Artículo 54.—Son aptas para contraer matrimonio todas las personas que reunan las circunstancias siguientes:

Primera. Ser púberes, entendiéndose que el varon lo es á los 14 años cumplidos y la mujer á los 12 (*a*).

Se tendrá, no obstante, por revalidado *ipso facto* y sin necesidad de declaracion expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día, despues de haber llegado á la pubertad legal, hubieren vivido juntos sin haber reclamado en juício contra su validez, ó si la mujer hubiere concebido ántes de la pubertad legal ó de haberse entablado la reclamacion (*b*).

Segunda. No adolecer de impotencia física absoluta ó relativa para la procreacion con anterioridad á la celebracion del matrimonio y de una manera patente, perpetua é incurable (*c*).

Tercera. Estar en el pleno ejercicio de su razon al tiempo de celebrar el matrimonio (*d*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 6.ª, tít. I, Partida 4.ª
Caps. II, X, XI, *exs. de desposat. impub.*

(*b*) La misma ley de Partida.
Bened. XIV, *bul. magnæ nobis.* LI, tom. II bullor.
Pomponio, L., IV, D. *de ritu nuptiar.*

(*c*) Leyes 1.ª, 2.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. VIII, Partida 4.ª
Ley 16, tít. II, Partida 4.ª

(*d*) Leyes 3.ª, 6.ª y 15, tít. II, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1073 Cód. Portugal.—48 Austria.

COMENTARIO

Existen hoy en España,—ya lo hemos dicho,—dos legislaciones paralelas en materia de matrimonios. Ambas señalan qué personas pueden contraerlo, con lo cual queda explicado quiénes son inhábiles para él.

Ambas señalan despues dos órdenes de excepciones: unas que pueden llamarse prohibiciones *absolutas*, y otras *relativas*, y que son la materia de los dos artículos siguientes.

Calcada la legislacion civil sobre la canónica, cuyas hondas raíces era preciso respetar, ha resultado que en este y en otros puntos son, con ligerísimas excepciones, iguales ambas legislaciones, por cuyo motivo y con objeto de evitar repeticiones inútiles, explicaremos la materia de este artículo al hacer el comentario del 62, correspondiente al matrimonio civil.

Artículo 55.—Aun cuando tengan la aptitud expresada en el artículo anterior, no podrán contraer matrimonio:

Primero. Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente (*a*).

Segundo. Los que estuvieren ordenados *in sacris* ó que hayan profesado en una órden religiosa canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad (*b*).

Tercero. Los hijos de familia y los menores de edad que no hayan obtenido la licencia ó solicitado el consejo de los llamados á prestarlos en los casos determinados por la ley (*c*).

ORÍGENES

(a) Ley 16, tít. XVII, Partida 7.ª
Conc. Trident., sess. 24 *de sacr. matr.*, can. 2.

(*b*) Leyes 11 y 16, tít. II, Partida 4.ª
Conc. Trident., sess. 24 *de sacr, matr.*, can. 9.

(*c*) Ley 8.ª, tít. II, lib. III, Fuero Juzgo.
Ley 5.ª, tít. I, lib. III, Fuero Real.
Ley 1.ª, tít. III, Partida 4.ª
Ley 9.ª, tít. II, lib. X, Nov. Rec.
Art. 1.º ley 20 Junio 1862.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 147 y 148 Cód. Francia. —56 y 57 Italia.—1058 y 1061 Portugal.—92 Holanda.—49 Austria.—5 Rusia.

COMENTARIO

Al hablar de esta misma clase de impedimentos en el matrimonio civil, expondremos las aclaraciones que sean más necesarias.

Las leyes, del mismo modo que los cánones, señalan como regla general, quiénes pueden contraer, fijando despues dos clases de prohibiciones: unas *absolutas*, que impiden el matrimonio con toda clase de personas, y otras *relativas* que no obstan para el matrimonio más que tratándose de una persona en relacion con otra determinada, pero no en otra ú otras distintas y que se hallen respecto al impedido en diversa situacion.

Respecto á la primera, segunda y tercera de las prohibiciones que contiene este artículo, decimos lo suficiente en el 63 de este Código.

Es de notar una diferencia de no pequeña importancia entre estas prohibiciones y las del art. 63. En éste se establece que la viuda no pueda contraer segundo ó posterior matrimonio durante los 301 dias siguientes á la muerte de su marido, ó ántes de su alumbramiento si hubiere quedado en cinta; prohibicion que se amplía á la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo, en los mismos términos á contar desde su separacion legal, á no haber obtenido la correspondiente licencia.

Esta disposicion no está vigente tratándose de matrimonios canónicos, como tal impedimento, por más que hallándose consignado en el Código penal (art. 490) que deba ser castigada la mujer que contraiga matrimonio ántes de la fecha citada y en los casos á que se refiere la ley del Matrimonio civil, no deberán autorizarse dichas uniones en cuanto constituyen un delito.

Nuestra legislacion antigua prohibía estos matrimonios, pero una ley recopilada (4, tít. II, lib. X, Nov. Rec.) derogó por completo las disposiciones anteriores, y estableció que la viuda pueda casar en cualquier época y sin necesidad de esperar á que trascurra el año de luto.

Hoy, pues, tales uniones no se autorizarán por constituir delito, pero no por impedimento, toda vez que no hay ley civil que así lo consigne. Por otra parte, la Iglesia no podría dispensar este impedimento que ella no ha establecido, ni el Gobierno está tampoco facultado para hacerlo.

Artículo 56.—Tampoco podrán contraer matrimonio entre sí:

Primero. Los ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad legítima ó natural (*a*).

Segundo. Los colaterales por consanguinidad ó afinidad legítima hasta el cuarto grado (*b*).

Tercero. Los colaterales por afinidad ó consanguinidad natural hasta el segundo grado (*c*).

Cuarto. Los padrinos con el bautizado y sus padres (*d*).

Quinto. El padre ó madre adoptante y el adoptado: éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste (*e*).

Sexto. Los hijos carnales del adoptante con el adoptado, miéntras subsista la adopcion (*f*).

Sétimo. Los adúlteros, si viviendo el otro cónyuge pactaron futuro matrimonio (*g*).

Octavo. Los que fueren autores ó autor y cómplice de la muerte del cónyuge inocente, aunque no hubieren cometido adulterio (*h*).

Noveno. El guardador y sus descendientes con la huérfana que tuviere en guarda, salvo en el caso de que el padre de ésta la hubiere dejado desposada con alguno de ellos ó hubiere autorizado el matrimonio en su testamento (*i*).

Décimo. El cristiano con el infiel (*j*).

ORÍGENES

(*a*) Leyes 4.ª y 5.ª, tít. VI, Partida 4.ª
(*b*) Las mismas leyes.
Ley 12, tít. II, Partida 4.ª
(*c*) Conc. Trid., sess. 24 *de ref. mat.*, cap. III y IV.
(*d*) Leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. VII, Partida 4.ª
Conc. Trid. sess. 24 *de ref. mat.*, cap. II.
(*e*) Ley 12, tít. II, Partida 4.ª
Leyes 7.ª y 8.ª, tít. VII, Partida 4.ª
(*f*) La misma ley 7.ª
(*g*, *h*) Ley 19, tít. II, Partida 4.ª
(*i*) Ley 6.ª, tít. XVII, Partida 7.ª
(*j*) Ley 11, 15 y 16, tít. II, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 161 Cód. Francia.—Caso 1.°, art. 1078 Portugal.—87 Holanda.—Párrafo 6.°, art. 76 Austria.—Parr. 3.° y 4.° del artículo 935 Prusia.—58, 60 y 62 Italia.

COMENTARIO

Despues de habernos ocupado de aquellos que siendo capaces segun las reglas generales para el matrimonio, tienen una prohibicion absoluta de contraerlo, llegamos á este artículo, en el cual se hallan agrupados los que tienen prohibicion *relativa*, esto es, de contraerlo con determinadas personas.

La ley civil y la canónica tampoco presentan en este caso grandes diferencias entre sí. Hay, no obstante, algunas, y las vamos á hacer constar.

En primer lugar, existen como impedimentos en el matrimonio canónico dos, de los cuales no podia ocuparse la ley civil. Son á saber: el nacido del parentesco *espiritual* que resulta entre el padrino y el bautizado ó confirmado y entre cristianos ó infieles. El padrino, segun la antigua doctrina, se reputaba como padre, pero no servía de obstáculo al matrimonio. Justiniano fué el primero que estableció que nadie pudiera casarse con la que había sacado de pila (1), y despues Nicolas I propuso el parentesco espiritual como impedimento para el matrimonio, y así lo aceptó el Concilio Tridentino en los términos de nuestro artículo.

En cuanto al matrimonio entre cristiano é infiel, debemos hacer constar que la disparidad de cultos para formar impedimento sólo existe entre el católico y el judío, mahometano ó infiel, pero no cuando se trate del caso en que uno es católico y el otro hereje, pues si bien es cierto que la ley de Partida extendió la nulidad á este caso, el derecho canónico lo tiene por válido en atencion á que ambos están bautizados, por más que uno sea protestante y otro católico. Véase la sentencia dictada por la vicaría de Madrid en 8 Abril 1863 (2).

Pero ademas de estas prohibiciones, sobre las que nada dice la ley civil, hay otra diferencia que es más notable.

Limita la ley civil el impedimento, tratándose de colaterales por consanguinidad legítima el cuarto grado, reduciéndolo al tercer grado cuando se trate de afinidad legítima, y al segundo cuando la consanguinidad ó afinidad no sean legítimas, en tanto que por derecho canónico se extienden, siendo la consanguinidad ó afinidad legítimas, al cuarto grado de la computacion canónica, es decir, al 7.° y 8.° de la civil, y lo mismo sucede en los otros parentescos, por manera que en apariencia el rigor de la Iglesia es mayor que el de la ley civil. Sin embargo, estas disposiciones de la Iglesia son letra muerta, porque desde hace mucho tiempo se viene experimentando la necesidad de restringir los impedimentos basados en el parentesco, y es bien seguro que se hubiese acudido pronto al remedio oportuno de esta necesidad, si las dispensas ampliamente concedidas no subsanasen la imperfeccion de la ley.

De las demas prohibiciones de que habla este artículo, nos ocuparemos oportunamente.

No ha faltado quien suscite la duda de si existe impedimento dirimente por afinidad en línea recta entre el viudo de la hijastra y la madrastra y viuda del padre de aquélla, creyendo que por la íntima union en que se hallan en la familia y por razones de moralidad que se han tenido presentes para fijar los impedimentos, no era posible esta union. Sin embargo, la afinidad, segun el cánon 50 del Concilio de Letran, existe entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro, y en el caso de que nos ocupamos no existe á pesar de la proximidad, ni consanguinidad, ni parentesco alguno que funde el impedimento.

Artículo 57.—A la autoridad eclesiástica corresponde dispensar, mediando justa causa, de los impedimentos expresados en los artículos precedentes, salvo aquellos que por su naturaleza no sean dispensables.

ORÍGENES

Ley 19, tít. I, lib. I, Nov. Rec.

COMENTARIO

La facultad de dispensar de alguno de los impedimentos para contraer matrimonio que la ley señala, fué ejercida primeramente por los príncipes, y parece que despues del siglo XI se introdujo la costumbre de que dispensaran los pontífices, pues todavía en ese siglo, segun refiere Mariana hablando del matrimonio del rey Alfonso con Urraca su parienta, no se había admitido por las costumbres que por la venia de los pontífices romanos, dispensada la ley del

(1) L. XXVI C. *de nuptiis*.
(2) Escriche, *Dic. de Jur.*, tom. IV, pág. 31.

parentesco, los matrimonios se permitiesen entre parientes (1).

Segun indica Lupo, las primeras dispensas no tuvieron por objeto contraer matrimonios sinó tolerar los mal contraídos y que ya Alejandro III comenzó á darlas para los matrimonios futuros.

El Concilio de Trento (2) pretendió restaurar la antigua doctrina, ordenando que los impedimentos fuesen dispensados con moderacion, más fácilmente si ya estaban contraídos, con tal que en ellos hubiese presidido la buena fe y la ignorancia, fuera de la que carece de culpa. Mas á pesar de este cánon, las dispensas han continuado otorgándose con facilidad.

No todos los impedimentos son dispensables, ni áun mediando razones poderosas, que en ciertos casos no deben tenerse en cuenta, como sucede, por ejemplo, tratándose de la impotencia, matrimonio anterior, homicidio, parentesco de consanguinidad, ó afinidad en línea recta hasta lo infinito, el primer grado de la colateral y algun otro.

La razon de no ser dispensables estos impedimentos, es tan obvia que no merece explicacion seria. Oponiéndose unos á los fines y naturaleza del matrimonio, encerrando otros graves consideraciones de moral, no puede consentirse que puedan dispensarse.

Otros impedimentos, como el voto solemne de castidad ó de órden sacro, se dispensan con poca frecuencia, y sólo en virtud de causas graves.

Siempre que se solicita una dispensa, es necesario invocar para obtenerla una causa que la legitime, y así el Concilio de Trento dice en el mismo lugar ántes citado: «y esto con causa y de gracia: que en el segundo grado nunca se dispense á no ser entre grandes príncipes y por causa pública.»

Suelen señalarse como causas justas las siguientes: el corto número de vecinos de un pueblo, para contraer dos parientes: no hallar la mujer otro partido conveniente: si un hombre quiere casarse con una parienta dotándola: si la mujer necesita del marido para que atienda á sus pleitos: si puede poner término á enemistades de familia ó ser prenda de paz: tener la mujer 24 años sin haber sido ántes pedida en matrimonio: para conservar una familia ilustre: cuando los interesados han vivido con tanta familiaridad que sería difícil hallar otra colocacion, y etc., etc., un número infinito de causas que se alegan, ó se simulan en gran número de los casos.

(1) Mariana, lib. X, *Hist.*, cap. VIII.

(2) Conc. Trid., sess. XXIV, cap. V.

Las dispensas de los impedimentos públicos se han de solicitar de la Dataría. Cuando los impedimentos sean ocultos, habrá de solicitarse la dispensa de la Penitenciaría, bien por medio del confesor ó del párroco ó por el mismo interesado sin expresar su nombre.

Sin embargo, conviene tener presente que algunos impedimentos pueden dispensarse en España. El comisario de Cruzada tiene facultad para dispensar el impedimento oculto de afinidad proveniente de cópula ilícita, si uno de ellos contrajo el matrimonio de buena fe.

El obispo puede dispensar, de los impedimentos impedientes á excepcion del que proviene de esponsales, ó voto de castidad, de la afinidad y parentesco espiritual que sobreviene á uno de los cónyuges, de los impedimentos ocultos despues de contraído el matrimonio: del impedimento que se descubre el mismo día del matrimonio, si éste no puede dilatarse sin escándalo, etc.

En cuanto al procedimiento, se dirige por los interesados una solicitud al juez eclesiástico, fundando su pretension, si tiene lugar, en los grados mayores. El juez provee en vista de las causas y su justificacion, librándose despacho al párroco de los interesados para que informe sobre la verdad de la causa. En su vista se expide por el juez el correspondiente atestado, que se remite á S. S. por la Agencia de Preces ú otro conducto que prefieran los interesados

Por último, se exige que se haga constar la fortuna de los dispensados, para graduar la *penitencia* que deba imponérseles. Y segun dice La Fuente (1), hoy van muchos á casarse á Roma, con lo cual á pesar de los gastos de viaje, resultan más baratas las diligencias para obtener la dispensa.

(1) D. Vicente de la Fuente. *Lec. de discip. ecl.*, pág. 570.

CAPÍTULO III

DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CANÓNICO

Artículo 58.—El matrimonio religioso ha de celebrarse segun disponen los cánones de la Iglesia Católica admitidos en España.

ORÍGENES

Real cédula 12 Julio 1564. (Ley 3, tit. I, lib. I, Nov. Rec.)
Decreto 9 Febrero, 1875.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 108. Cód. Cerdeña.—5.° y 7.° Baviera.—9.° y 189 Nápoles.

COMENTARIO

En todos tiempos y lugares, el matrimonio como acto trascendental en la vida del hombre, ha ido acompañado de solemnidades que, como la bendicion entre los hebreos y las ceremonias y formularismos de la *confarreatio* en Roma, sean símbolo de union y augurio de felicidades futuras.

Esto no obstante, en España, segun uso y costumbre antigua, fueron tres las especies de matrimonio autorizadas por la ley civil, alguno de los cuales no iba acompañado de las formalidades ordinarias: 1.° el celebrado con todas las solemnidades que marcaba la Iglesia: 2.° el matrimonio á yuras, casamiento legítimo, pero clandestino, sin solemnidades: y 3.° el concubinato ó sea la barragania, muy frecuente entre los clérigos.

En cuanto a la manera de celebrarse el matrimonio canónico y sus solemnidades, son conocidísimas las que de antiguo se vienen practicando y que consisten en la misa, las velaciones y la bendicion nupcial; siendo muy curiosas varias leyes antiguas sobre esta materia, hoy completamente desusadas.

Requiérese para la celebracion del matrimonio la asistencia del párroco (Con. Trid., ses. XX, V).

El párroco ha de ser el del domicilio de los contrayentes, y si tuvieren el domicilio en distinta parroquia, el de cualquiera de ellas, prefiréndose en el uso el de la mujer como respeto y deferencia al sexo.

Sobre el domicilio de los contrayentes, no son pocas las dudas que nacen del texto de la sagrada congregacion, que ordena sea tenido por párroco el del lugar donde se hallen, lo cual induce á muchos á creer que basta en este concepto para adquirir parroquialidad, la residencia, aunque sea de dos horas; negando otros que esto sea posible cuando no existe intencion por parte del contrayente de adquirir el domicilio. Algunos autores de reconocida ilustracion (1) admiten que pueda adquirirse parroquialidad en brevísimo tiempo *parvo tempore*; pero exigen la *intencion* de adquirirla, como condicion indispensable. De otro modo el fraude podría ser frecuente y la seguridad doméstica estaría desamparada.

¿Con qué carácter interviene el párroco en el matrimonio?

Disputan los teólogos sobre la materia, forma y ministro de este sacramento, pues en tanto que Melchor Cano expresa que la materia es el contrato, forma la bendicion nupcial y ministro el sacerdote, otros muchos sustentan que el consentimiento es la materia, las palabras con que se expresa la forma, y los contrayentes los ministros. El pontífice Pío IX decidió esta larga controversia declarándose por esta última opinion.

A la celebracion del matrimonio canónico preceden las proclamas y la licencia del Ordinario.

Las proclamas, semejantes á los edictos de la ley civil, llenan el mismo objeto. *Deinde ante illius consumationen denuntiationes in Ecclesia fiant, ut si aliqua subsunt impedimenta, facilius detengantur*, dice el Concilio Tridentino.

La licencia del Ordinario tiene por objeto que se acredite la libertad de los contrayentes y evitar de este modo uniones de fatales resultados.

(1) Sanchez, *De matrimonio*, lib. III.

Réstanos añadir dos palabras sobre los matrimonios de conciencia.

Benedicto XIV, en su constitucion *Satis nobis*, prohibe los matrimonios secretos y sin proclamas, á ménos que medie causa justa y urgente. Las actas de estos matrimonios serán entregadas al Obispo para trascribirlas en el libro especial de estos matrimonios, y que cerrado y sellado, se custodiará en la Cancelaría episcopal. Los hijos de estos matrimonios se bautizarán sin expresar el nombre de los padres; pero éstos darán cuentan al Obispo de los nacimientos á fin de que se anoten en otro libro, tambien especial, advirtiendo que si los padres no cumpliesen en el término de 10 días con esta obligacion, el Obispo tendrá que hacer notorio el matrimonio secreto.

Artículo 59.—Los que contraigan matrimonio canónico solicitarán su inscripcion en el Registro civil, presentando la partida del párroco que lo acredite.

Las partidas de matrimonios canónicos que carezcan del requisito de la trascripcion al Registro, no podrán ser admitidas en los juzgados y tribunales.

ORÍGENES

Art. 2.º D. 9 Febrero 1875.
Art. 1.º D. 17 Febrero 1879.

COMENTARIO

Desde que por Real pragmática se aceptaron las decisiones Tridentinas como leyes del reino en materia de matrimonios rigió en España el matrimonio canónico, como única union que llevase consigo todos los efectos civiles, hasta el año de 1870, en que el nuevo órden de vida reclamó ciertas innovaciones planteadas por la ley del Matrimonio civil. Desde esta época hasta 1875, ningun otro matrimonio que no fuera contraído con arreglo á las disposiciones de aquella ley producía efectos civiles. En 1875 comenzó la dualidad en esta materia, y comenzaron á vivir unidas las dos clases de matrimonio. Pero el Estado, que había aprendido que le era preciso conocer estas uniones, no pudo restablecer lo antiguo tal como ántes existiera. Por eso el Decreto de 9 de Febrero impuso á los que contrajeran matrimonio canónico la obligacion de inscribir las correspondientes partidas expedidas por los párrocos. Esta inscripcion debia verificarse en el término de ocho dias, contados desde su celebracion, entendiéndose que de no hacerlo así sufririan, pasado este tiempo, una multa de 5 á 50 pesetas, y ademas otra de 1 á 5 por cada dia de los que tardaren en verificarlo, y sin que esta última pueda exceder en ningun caso de 400 pesetas. Mas por Decreto de 17 de Febrero de 1879, se prorogaron indeterminadamente los plazos para hacer la inscripcion, absolviendo á los condenados á multas por este concepto, y poniendo en libertad á los que por insolvencia sufrian la prision subsidiaria, quedando de este modo derogado en parte el art. 2.º del Decreto de 9 de Febrero de 1875, y en cambio se añadió el precepto de que las partidas no inscritas dejaran de admitirse en los tribunales.

En otro lugar hemos dicho lo que opinábamos de la reforma llevada á cabo en 1875, poco en armonía con los principios de libertad é igualdad que inspiran á nuestra época.

En algunos países existe planteado este mismo sistema.

Pero puede suscitarse la siguiente duda: ¿Puede inscribirse en el Registro un matrimonio canónico despues de la muerte de uno de los cónyuges? En nuestro entender, áun cuando el matrimonio esté ya disuelto por muerte de uno de los cónyuges, debe y puede hacerse la inscripcion.

No ha faltado quien haya creído que tambien estaban sujetos á esta inscripcion los matrimonios canónicos celebrados con posterioridad al 9 de Febrero de 1875, cuando con anterioridad á esta fecha se había celebrado el civil, opinion errónea que no se puede aceptar, porque el Decreto se refiere á los matrimonios canónicos que adquirieron valor civil, lo cual no ha sucedido en el caso de que hablamos, pues la eficacia del vínculo nace del matrimonio civil celebrado ántes de la fecha anteriormente citada.

CAPÍTULO IV

DE LOS MEDIOS DE PROBAR EL MATRIMONIO CANÓNICO

Artículo 60.—La partida sacramental del matrimonio hará plena prueba del mismo, despues que haya sido inscrito en el Registro civil. Cuando el matrimonio no hubiere sido inscrito, deberá la partida someterse á las comprobaciones y diligencias que disponen los reglamentos, y á las que los tribunales estimen necesarias para calificar su autenticidad.

ORÍGENES

Art. 4.º D. 9 Febrero 1875.

JURISPRUDENCIA

Todo matrimonio se reputa legítimo, miéntras no se pruebe lo contrario (Sent. 17 Julio 1848).

COMENTARIO

Desde el momento en que se admiten los Cánones de la Iglesia como leyes civiles, es preciso dar fe para que constituyan prueba plena á los documentos, actas ó partidas en que la autoridad eclesiástica haga constar la verdad de los actos de esta especie, que ante ella y con su directa intervencion tengan lugar.

Por esta razon, las partidas matrimoniales han hecho siempre fe ante los tribunales, y con ellas se ha tenido por suficientemente justificada la existencia del matrimonio.

Es de notar, sin embargo, una diferencia entre las partidas matrimoniales anteriores á 1870 y las posteriores á 1875. Aquéllas hacían prueba plena en todo caso; éstas sólo mediante haberse llenado los requisitos de que habla la ley, esto es, siempre que se hallen inscritas en el Registro civil.

Dice el art. 4.º del Decreto de 1875, que cuando el matrimonio no hubiere sido inscrito, deberá someterse la partida á las comprobaciones y diligencias que dispongan los Reglamentos y á las que los tribunales estimen necesarias para calificar su autenticidad; mas nosotros entendemos que en parte este artículo no tiene ya aplicacion, toda vez que con arreglo al Decreto de 1879 (véase nuestro artículo anterior), no podrán admitirse por los jueces ni tribunales las partidas de matrimonio que no hayan sido previamente inscritas; de lo cual se deduce que las comprobaciones y diligencias que dispongan los Reglamentos y las que los tribunales estimen necesarias, han quedado reducidas y no pueden ser otras que no admitir en juicio la partida hasta tanto que haya pasado por la inscripcion en el Registro.

A falta de partidas, porque éstas hayan desaparecido, las reglas generales en materia de prueba, exigen que el matrimonio, como cualquier otro acto, se someta á las que sea posible aducir con arreglo á las leyes de Enjuiciamiento.

PARTE SEGUNDA

DEL MATRIMONIO CIVIL

Artículo 61. —No producirá obligacion civil la promesa de futuro matrimonio, cualesquiera que sean la forma y solemnidades con que se otorgue, ni las cláusulas penales, ni cualesquiera otras que en ellas se estipulen.

ORÍGENES

Art. 3.° Ley prov. Matr. civ.

COMENTARIO

Entramos en la segunda parte de la institucion que sirve de base á la familia.

La legislacion matrimonial nacida en 1870 para regular esta materia ha quedado reducida por el Decreto de 9 de Febrero de 1875 á los estrechos límites de tener aplicacion tan sólo tratándose de individuos que ostensiblemente manifiesten no pertenecer á la Iglesia católica.

No faltará quien dude cómo haya podido suceder esto, y quien pregunte cómo y por qué una ley emanada del poder legislativo ha podido ser derogada por un decreto hijo de la pasion política. Tambien nosotros nos hemos hecho idéntica pregunta y hemos dudado de que así pudiera suceder; mas lo cierto es, que el decreto á que nos referimos se observa, y que el Tribunal Supremo, en una sentencia de 7 de Diciembre de 1879, ha entendido derogada la ley del Matrimonio civil, por el Decreto de 1875.

Antes de entrar á comentar el presente artículo, hemos de hacer una consideracion.

El art. 34 de la ley del Matrimonio decía: «Los contrayentes podrán celebrar el matrimonio religioso ántes, despues ó al tiempo del matrimonio civil.»

Estableciendo el matrimonio canónico para los católicos y el civil para los que *ostensiblemente* pertenezcan á otras religiones, ó no profesen ninguna, ¿podrán los católicos contraer civilmente?

En nuestro concepto debía permitirse esto, y el Decreto de 9 de Febrero de 1875 y la Real Orden de 25 del mismo mes y año, han ido más allá de lo que fuera de presumir.

Siempre que dos católicos pretendieran unirse civilmente en matrimonio, debiera unírseles sin que para ello se les exija que abjuren del catolicismo, ni que hagan constar en acta ó en otra forma no pertenecer á la comunion católica como hoy se exige.

Si se ha querido copiar la legislacion portuguesa, debió tenerse presente que el art. 1081 de su Código prohibe al oficial que autoriza el matrimonio que pregunte la religion de los que contraen, ni haga averiguacion de ninguna especie, limitándose á preguntarles si persisten en la idea de contraer matrimonio civil. Y si despues de leídos los arts. 1056 y 1057 del Código, los contrayentes confiesan espontáneamente que son católicos, pero que persisten en la idea de casarse civilmente, el oficial público tiene que casarlos, pues solamente podrá dejar de hacerlo á peticion de los contrayentes.

La promesa de futuro matrimonio, cuya validez han reconocido las leyes de Partida y las Recopiladas, ha merecido las unánimes censuras de casi todos los escritores, que han visto en ellas un peligro constante para la virtud, un arma poderosa para la seduccion, y una fuente inagotable de pleitos que urgía cortar. Por estas consideraciones, ya desde el proyecto de Código, y áun ántes, se venía reclamando contra los esponsales, que se borraron de aquel proyecto, y posteriormente de la ley de Matrimonio civil.

En efecto, nada parece más absurdo que privar de la libertad de consentir y de obrar, precisamente en el acto de la vida en que esta libertad es más necesaria, y los esponsales, creando un compromiso ó imponiendo una pena, coartan mucho la libre determinacion de los que los otorgaron.

La nulidad de los esponsales lleva consigo necesariamente la invalidacion de las cláusulas

penales y demas análogas que aquéllos puedan contener.

¿Serán válidos los esponsales otorgados por dos personas que no pertenezcan á la Iglesia católica, sólo por el hecho de convertirse posteriormente al catolicismo?

¿Adquirirán valor los otorgados por un cristiano y un infiel, si éste acepta la ortodoxia?

¿Podrá entenderse desligado de la obligacion que contrajo en los esponsales el esposo que se hace infiel?

¿Será válido el esponsal del que se fingió cristiano sin serlo?

Estando vigente la ley del Matrimonio civil, y por tanto el artículo de que nos ocupamos, cuando se trata de protestantes, ¿qué valor tienen los esponsales celebrados ante un católico y un protestante?

Estas y otras muchas dudas se vienen á la imaginacion, á poco que se medite sobre la circunstancia de ser nulos ó válidos los esponsales, segun la religion de los que los otorgaron. Hasta ahora no tenemos noticia de que ninguna de estas cuestiones se haya presentado en la práctica, no estando, por consiguiente, resueltas en ningun sentido; pero la gravedad de algunas de ellas merece que fijen la atencion del legislador, á fin de resolverlas ántes que nazca el conflicto.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE APTITUD NECESARIAS PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL

Artículo 62. — Son aptas para contraer matrimonio todas las personas que reunan las circunstancias siguientes:

Primera. Ser púberes, entendiéndose que el varon lo es á los 14 años cumplidos, y la mujer á los 12.

Se tendrá, no obstante, por revalidado *ipso facto* y sin necesidad de declaracion expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día despues de haber llegado á la pubertad legal hubieren vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, ó si la mujer hubiere concebido ántes de la pubertad legal ó de haberse entablado la reclamacion.

Segunda. Estar en el pleno ejercicio de su razon al tiempo de celebrar matrimonio.

Tercera. No adolecer de impotencia física absoluta ó relativa, para la procreacion, con anterioridad á la celebracion del matrimonio, y de una manera patente, perpetua é incurable.

ORÍGENES

Art. 4.° Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 48 Cód. Austria.— 1073 Portugal.—110 Italia.

COMENTARIO

Para contraer matrimonio es preciso tener capacidad. Esta capacidad se refiere al otorgamiento del contrato primero, y á la posibilidad de cumplirlo despues. Lo primero exige el consentimiento, lo cual supone conocimiento, capacidad y libertad, sin cuyas condiciones el consentimiento no existe. Lo segundo supone posibilidad física de llenar los fines del matrimonio.

El primero de los requisitos que marca la ley es la pubertad. Este requisito no pertenece exclusivamente á ninguno de los dos órdenes ántes indicados, sinó que participa de ambos.

La edad supone discernimiento; por eso decía la ley de Partida: *los mozos e las mozas que non sean de edad digan aquellas palabras porque se face el matrimonio: porque non han entendimiento para consentir, non valdria este casamiento que entre atales es fecho.*

Pero al mismo tiempo supone capacidad física *para poderse ayuntar carnalmente.*

Por este doble carácter, sin duda, lo coloca la ley en primer término.

Muchos Códigos, entre otros el frances (artículo 144), no permiten el matrimonio hasta los 18 y 15 años respectivamente. La Iglesia, sin embargo, siguiendo al Derecho romano, fijó la edad mínima con arreglo á los climas en que el desarrollo es más prematuro, y confiando en que la malicia no abusaría del permiso. La ley civil, con objeto de evitar el conflicto que había de surgir en el caso de señalar edad distinta de la aceptada por la Iglesia, siguió tambien la misma costumbre, y estableció, del mismo modo que las leyes de Partida, la revalidacion *ipso facto* de los matrimonios celebrados con infracciones de este precepto.

Estar en el pleno uso de la razon es la segunda de las circunstancias de aptitud que señala el artículo. En esta sola frase están perfectamente comprendidas las circunstancias que nuestros Códigos explicaban con minuciosidad.

La locura é imbecilidad, la fuerza y miedo, el rapto, etc., y todas las demas cosas que privan de la razon ó de la libertad, son causas para que no exista la circunstancia segunda de este artículo.

¿Será válido el matrimonio del monomaniático? ¿Será válido el matrimonio del que lo contrajo sin estar en el uso de su razon, pero despues de recobrada continúa en la vida matrimonial sin reclamar su nulidad?

Escriche resuelve ambas preguntas afirmativamente.

La tercera circunstancia es la que hace relacion á la impotencia física.

La impotencia puede ser natural ó casual, perpetua ó temporal, absoluta ó relativa. La natural proviene de un defecto de la propia naturaleza, como la estrechez en la mujer. La casual proviene de accidente, como la castracion. La perpetua es aquella cuya curacion no es de esperar, al contrario de la temporal, que con los recursos ordinarios de la ciencia puede llegar á desaparecer; la absoluta es la que existe en un hombre en relacion á cualquiera mujer, ó en una mujer en relacion á cualquier hombre; la relativa es la que existe de un hombre á una mujer determinada; pero no respecto de otra y viceversa.

La impotencia de que habla el artículo es la absoluta ó relativa, con tal de que sea patente, es decir, no opinable, perpetua é incurable, y que sea anterior al matrimonio, pues si sobreviene despues no produce su nulidad.

En Roma los matrimonios de los eunucos eran ilegítimos, pero si se contraían no se anulaban; hasta que Leon el Filósofo los declaró completamente nulos (1).

Debe distinguirse la impotencia propiamente dicha de la esterilidad, que no es causa de nulidad ni impedimento para el matrimonio.

La declaracion por sentencia firme de impotencia absoluta, perpetua, es impedimento dirimente para que el así calificado pueda contraer matrimonio. Mas si la impotencia fuere solamente relativa, podrá el impotente contraer un segundo matrimonio.

La falta de alguno de los requisitos de este artículo constituyen vicio de nulidad del matrimonio, como veremos en su oportuno lugar. En efecto, el que no puede consentir no se puede decir que consiente, á lo ménos en el sentido legal que tiene el consentimiento, y no consintiendo no hay matrimonio.

La falta de razon y la impubertad privan de poder consentir. La impotencia destruye un consentimiento que lleva implícita una condicion, destruída la cual nada vale aquél.

Artículo 63.—Aun cuando tengan la aptitud expresada en el artículo precedente, no podrán contraer matrimonio:

Primero. Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente.

Segundo. Los que estuvieren ordenados *in sacris*, ó que hayan profesado en una Orden religiosa, canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, á no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica.

Tercero. Los hijos de familia y los menores de edad que no hayan obtenido la licencia ó solicitado el consejo de los llamados á prestarles en los casos determinados por la ley.

Cuarto. La viuda durante los 301 días siguientes á la muerte de su marido ó ántes de su alumbramiento si hubiere quedado en cinta, y la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo en los mismos casos y términos, á contar desde su separacion legal, á no haber obtenido la correspondiente dispensa.

(1) Novela XCVIII.

ORÍGENES

Art. 5.° Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 147, 148 y 228, Cód. Francia.—56 y 57 Italia.—1058, 1061, 1233 á 1239 Portugal.—92 Holanda.—49 Austria.—5.° Rusia.—20 al 24 Prusia.

COMENTARIO

Hemos dicho al hablar del matrimonio canónico, que existían dos clases de impedimentos ó prohibiciones para contraerlos: esto mismo sucede tratándose del matrimonio civil.

Se consignan en este artículo las llamadas prohibiciones *absolutas*, porque impiden el matrimonio de los que sufren la prohibicion, con toda clase de personas.

No estando aceptada la poligamia, no era posible consentir que aquellos unidos con anterioridad por matrimonio legítimo, contrajeran un segundo; por eso la ley civil consigna en primer término esta prohibicion como la más conforme con la naturaleza y fines de esta union. Ademas, el Código penal impone la pena de prision mayor al que contrajere segundo ó ulterior matrimonio sin estar legítimamente disuelto el anterior, y el respeto del legislador á las uniones anteriores llega hasta el punto de imponer una pena á los que contraigan matrimonio civil no hallándose disuelto el canónico anterior, celebrado sin llenar los requisitos de la ley civil en los tiempos en que ésta obligaba á todas igualmente (1).

La segunda prohibicion del artículo se refiere á los ordenados *in sacris* á ménos de haber obtenido la licencia canónica. El poder civil, respetuoso con las disposiciones de la Iglesia y corroborando sus doctrinas, acepta la prohibicion por ella establecida, admitiendo ademas el principio de que la Iglesia que instituyó el impedimento puede dispensarlo únicamente.

Mas el artículo sólo hablaba de *católicos*, y es claro que aquellos que dejaban de serlo, podían contraer matrimonio áun cuando en la época en que pertenecían á la Iglesia católica, estuviesen ordenados *in sacris* ó hubiesen hecho voto solemne de castidad.

Al amparo de este precepto legal constituyéronse algunos matrimonios. Pero el decreto de 9 de Febrero de 1875 dispuso en su art. 6.° que los ordenados *in sacris* ó que hubiesen hecho voto solemne de castidad en alguna órden religiosa canónicamente aprobada, áun cuando aleguen haber abjurado de la fe católica, no se considerarán legítimamente casados desde la fecha del mismo Decreto, quedando en su virtud disuelta la sociedad conyugal y con el carácter de sacrílegos los hijos que nazcan despues de los 301 días de promulgado el precepto.

La índole perturbadora del decreto que se atreve á disolver las familias creadas al amparo de una ley que declaraba indisoluble el matrimonio, el absurdo jurídico que envuelve la excepcional situacion en que quedan los hijos anteriores y posteriores á la declaracion de nulidad hecha en el Decreto, todo, en fin, nos impide hacer un juicio crítico del mismo. Si fuéramos á enumerar aquí la serie infinita de consecuencias que arrastra la innovacion; si hubiéramos de consignar los desafueros jurídicos que lleva consigo, habríamos de necesitar de largo espacio de que no disponemos.

Con prolijidad ha sido comentado el art. 6.° á que nos referimos y no es preciso que añadamos una palabra más.

Por virtud, pues, de esta reforma, hemos suprimido del artículo la palabra *católicos*, toda vez que los ordenados *in sacris*, y los demas que se enumeran, bien abjuren de la religion católica, bien permanezcan en ella, no podrán contraer matrimonio sinó en virtud de licencia canónica.

La tercera prohibicion absoluta, fundada en el repeto que los hijos han de tener á los autores de sus días, al mismo tiempo que sirviendo de cortapisa á los extravíos é inexperiencia de la juventud, es objeto de una ley especial, y nosotros le consagramos un capítulo en el lugar correspondiente.

El temor de que se mezclen las generaciones, la necesidad de evitar que de este modo nazcan grandes perturbaciones en las familias, haciendo casi imposible el deslinde de los derechos de cada uno, y otras razones de no menor valía, han obligado al legislador á prohibir que la viuda pase á segundas nupcias ántes de su alumbramiento, si notoriamente hubiere quedado en cinta, ó ántes de los 301 siguientes á la disolucion de su matrimonio, ó declaracion de nulidad del mismo, á ménos de obtener la correspondiente licencia.

En Roma la ley (2, tít. IX, lib. V, Cód.) prohibía á la viuda contraer segundo matrimonio dentro del año siguiente á su disolucion, incur-

(1) Art. 455 del Cód. pen.

riendo por desobediencia de este precepto en la nota de infamia, ademas de perder todo lo que el marido la hubiese dejado en su testamento.

Este rigor se mitigó mucho, y el Fuero Real estableció «que ninguna mujer viuda non case del dia que muriere su marido fasta un año cumplido: e si ante casare sin mandato del Rey, pierda la meitad de cuanto hobiere» (1). Esta misma doctrina se consigna en la ley de Partida y añade: «se casase por palabras de presente *o ficiese maldad de su cuerpo.*»

Este precepto constantemente consagrado por los Códigos, quedó abolido por la ley 4.ª, tit. II, lib. X de la Novísima Recopilacion, que dice: «Mandamos que las mujeres viudas puedan libremente casar, dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin pena alguna y sin alguna infama ella ni el que con ella casare...» etc.

De manera que esta ley vigente, tratándose de matrimonios canónicos, hace que no exista el impedimento de que habla este artículo que solamente obliga á los civiles.

Esto no obstante, el Código penal, que no ha podido ménos de apreciar la necesidad de la prohibicion, ha establecido que la viuda que casare ántes de los 301 dias de la muerte de su marido, ó ántes de su alumbramiento si hubiere quedado en cinta, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa. Pero el Código penal no puede, por su índole, derogar la ley puramente civil de la Novísima, ni, por consiguiente, establecer impedimento para el matrimonio, sinó solamente robustecer con la imposicion de la pena los admitidos por la ley civil ó por la costumbre. En nuestro entender, y por lo que se refiere al matrimonio canónico, el precepto legal es el de la Novísima; y por consiguiente no existe impedimento, por más que la infraccion del Código penal constituya un delito.

Artículo 64.—Tampoco podrán contraer matrimonio entre sí:

Primero. Los ascendientes y descendientes por consanguinidad legítima ó natural.

Segundo. Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado.

Tercero. Los colaterales por afinidad legítima hasta el tercer grado.

Cuarto. Los colaterales con consanguinidad ó afinidad natural hasta el segundo grado.

Quinto. El padre ó madre adoptante y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.

Sexto. Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado miéntras subsista la adopcion.

Sétimo. Los adúlteros que hubieren sido condenados como tales por sentencia firme.

Octavo. Los que hubieren sido condenados como autores ó como autor y cómplice de la muerte del cónyuge inocente, aunque no hubieren cometido adulterio.

Noveno. El tutor y su pupila, salvo el caso en que el padre de ésta hubiere dejado autorizado el matrimonio de los mismos en su testamento ó en escritura pública.

Décimo. Los descendientes del tutor con el pupilo ó pupila, miéntras que fenecida la tutela no haya recaído la aprobacion de las cuentas de este cargo, salvo tambien la excepcion expresada en el número anterior.

ORÍGENES

Art. 6.° Ley prov. Matr. civ.

COMENTARIO

Las prohibiciones *relativas* son aquellas que sirven de impedimento entre una persona y otra determinada.

La razon de prohibir las uniones entre ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad legítima ó natural, es tan obvia que no es necesario explicarla.

La proximidad del vínculo, razones de moralidad, el escándalo que resultaría de ver al padre casarse con la hija ó á la abuela con el nieto, han sido suficientes para prohibir los matrimonios mediando tal parentesco, que como dice la ley, *es cosa que ata los omes en grand amor, porque son como unos por sangre naturalmente.*

El incesto, que constituye un delito repugnante, no puede servir de base al matrimonio.

En cuanto á los colaterales más inmediatos, existen las mismas razones de moralidad y de pudor, que van perdiendo su fuerza á medida que el parentesco se aleja del tronco comun, hasta llegar á ser permitidos los matrimonios

(1) Ley 13, tít. I, lib. III, Fuero Real y 1.ª, tít. II, lib. III, Fuero Juzgo.

por haberse entibiado por completo aquellas razones.

La prohibicion entre los colaterales se extendió en cierta época hasta el sétimo grado canónico, pero Inocencio III cambió la disciplina (1).

Cuando se estableció la prohibicion hasta el sétimo grado, la Iglesia computaba atendiendo á la ley civil. Despues se admitió la computacion canónica, resultando en su virtud prohibidos los matrimonios hasta el grado décimocuarto de la civil.

Pero hemos hablado de grados de parentesco y de computacion civil y canónica, por lo que debemos dar de esto una ligerísima explicacion.

Parentesco es tenencia ó aligamento de personas departidas, que descienden de una raíz (2).

Línea es ayuntamiento ordenado de personas que se tienen unas de otras, como cadena, descendiendo de una raíz (3).

Grado es el escalon ó paso de un pariente al inmediato, ó bien cada una de las generaciones que hay desde el tronco á una de las personas.

La computacion de los grados puede ser civil y canónica.

En la línea recta, ora ascendente ora descendente, *los grados* son los mismos por derecho civil que canónico, porque aquel cuenta las generaciones y éste las personas, descontando una, y así el hijo está en primer grado, el nieto en segundo, el padre en primero, el abuelo en segundo, etc.

En la línea trasversal por derecho civil, se cuenta por el número de generaciones de ambos lados, y de esta manera el hermano está en segundo grado, el primo en cuarto, etc., porque son dos las generaciones en el primer caso y cuatro en el segundo.

Por el contrario, en la computacion canónica sólo se cuenta uno de los lados, cualquiera de ellos si fueren iguales, y el más largo en otro caso, no atendiendo al número de generaciones sinó al de personas ménos una: así el hermano está en primer grado, el primo en segundo, etc., porque contando un solo lado en el primer caso, hay dos personas; mas como una no se cuenta, queda una, primer grado: y en el segundo caso son tres personas, abuelo, tio y primo, ó sea segundo grado.

De esta manera se comprende, que el cuarto grado civil es el segundo y tercero canónicos, y que el cuarto grado canónico llega hasta el sétimo y octavo civil.

Existe ademas la llamada afinidad, que es el parentesco que resulta en virtud de la union carnal, y existe entre un cónyuge y la familia del otro.

La afinidad puede ser legítima y natural, segun sea proveniente de matrimonio ó de simple union carnal.

¿Nacerá el parentesco de afinidad como impedimento para el matrimonio canónico, cuando esta afinidad provenga de matrimonio puramente civil?

Es indudable que sí; lo único cuestionable es si esa afinidad se considerará por la Iglesia como legítima ó como natural.

Nuestra opinion, excusado es decir que está por lo primero, puesto que la union civil es tan legítima como la canónica.

Al lado del parentesco natural, está el parentesco *civil*, que no depende de la sangre, sinó de la *adopcion*, que coloca al adoptado en la condicion de hijo del adoptante, y establece por analogía vínculos entre los parientes del adoptante y el adoptado y viceversa.

Las leyes de Partida (12, tít. II, Partida 4.ª) señalan en qué consiste este parentesco, y otra ley de la misma Partida (7.ª, tít. VII) dice: «ca el padre que tiene por fija alguna muger o la rescibe por nieta o por visnieta, nunca puede casar con ella, maguer se desfaga el porfijamiento.» De la adopcion nace un impedimento permanente y otro transitorio. El primero existe entre el adoptante y el adoptado éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste. El segundo existe entre los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, y desaparece cuando se rompe el vínculo de adopcion.

La ley del Matrimonio civil en el caso 6.º del art. 6.º, dice descendientes legítimos, en tanto que la ley de Partida dice fijos carnales: ¿están contestes ambas legislaciones? ¿qué debe entenderse por fijos carnales? Sobre este punto disienten los autores, pues en tanto que unos suponen que la palabra *carnales* está puesta en contraposicion á la de adoptados, otros creen que en aquella palabra se comprenden todos los hijos que lo son por naturaleza, sean legítimos ó ilegítimos.

Nosotros, no pudiendo resolver la duda, hemos conservado la palabra *carnales* en el lugar correspondiente (art. 56), dejando de este modo en pié la cuestion.

(1) Cap. VIII *de consanguin., collec., ap.*, Ant. *August.*
(2) Ley 1.ª, tít. VIII, Partida 4.ª
(3) Ley 2.ª, lib. VI, Partida 4.ª

Otro de los impedimentos que establece este artículo, es el que existe entre los adúlteros que hubieren sido condenados como tales, así como entre los que hubieren sido condenados como autores ó como autor y cómplice de la muerte del cónyuge inocente, aunque no hubieren cometido adulterio.

Alguna diferencia es de notar entre la legislacion de Partida y la ley de Matrimonio civil, pues aquélla en su ley 19, tít. II, Partida 4.ª, dice: *si cualquier de ellos matase o ficiese matar o fuere en consejo de la muerte del otro marido, o de la muger, con entencion que casaren despues en uno: Si aquel que yace con ella le jurase y le prometiese que casaria con ella despues que fuese muerto su marido: Si alguno yoguiese con muger agena e se casase con ella siendo vivo el marido.*

De manera que con arreglo á esta ley vigente en cuanto al sacramento, es preciso que los adúlteros pactasen futuro matrimonio, circunstancia que no es exigida por la ley civil; y en verdad que no alcanzamos á comprender cuál sea el motivo de exigirse, para que el impedimento exista, el pacto de futuro matrimonio.

El escándalo que se daría á la sociedad viendo unidos en vínculo eterno á los que juntos fraguaron la deshonra ó tal vez la muerte del cónyuge inocente, la necesidad de impedir que busquen el amparo de la ley pasiones que son tenidas por criminales, han legitimado este impedimento, que los canonistas conocen bajo el nombre de *crímen*.

Los dos últimos números del artículo que comentamos, hacen relacion á los tutores y sus descendientes. Los motivos que aquí ha tenido presente la ley, son de índole muy diversa. Al lado de razones de moralidad que aconsejan que no sea fácil el abuso de confianza y alejen los peligros de seduccion, concurren otras de precaucion puramente económica, y por eso la prohibicion, tratándose de los descendientes del tutor, sólo dura hasta que fenecida la tutela haya recaído la aprobacion de las cuentas de este cargo.

Gutierrez (1) expone la duda de que sea fácil concebir casos en que tenga aplicacion el impedimento refiriéndose como se refiere el artículo al *tutor*, cuyo cargo termina al llegar la pupila á los 12, época en que comienza á ser hábil para el matrimonio. Nosotros entendemos que es preciso no atenerse á la letra del artículo, sinó entender que el legislador quiso hacer extensiva la prohibicion al curador, puesto que militan en su contra los mismos motivos, y así lo reclaman los precedentes consignados en todas nuestras leyes.

Las leyes de Partida no hablan de la aprobacion de cuentas, existiendo por tanto alguna diferencia entre aquellas leyes y la que comentamos. La costumbre y el art. 492 del Código penal (por más que no sea ley civil) acaban sin embargo con estas diferencias.

(1) En su obra *Códigos*, t. I, pág. 370.

Artículo 65.—El Gobierno podrá dispensar á instancia de los interesados, mediante justa causa debidamente justificada y previos los trámites que se establecerán en el oportuno reglamento, los impedimentos comprendidos en el núm. 4.° del art. 62, los grados 3.° y 4.° del núm. 2.° del art. 64, los impedimentos que comprenden los números 3.° y 4.° del mismo artículo en toda su extension, ménos la consanguinidad natural, y los establecidos en el núm 6.°

ORÍGENES

Art. 7.° Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 161 Cód. Francia.—Caso 1.°, art. 1073 Portugal.—87 Holanda.—Párr. 6.°, art. 76 Austria.—Párr. 3.° y 4.°, art. 935 Prusia.—58, 60 y 62 Italia.

COMENTARIO

La facultad de dispensar la ley pertenece á aquel que la dictó (*ejus est tollere cujus est condere*); la dispensa no es más que la derogacion especial de la ley en un caso determinado.

El Estado no puede ménos de dispensar de aquellos impedimentos que él ha establecido, de una manera análoga á la Iglesia, que dispensa los que provienen de sus mandatos.

Las dispensas de que habla este artículo sólo se concederán mediante justas causas.

Se considerarán como circunstancias favorables para conceder la dispensa:

La de convenir á los hijos de anteriores matrimonios, por la fundada esperanza de hallar en el cónyuge que pretenda entrar en la familia la proteccion ó el cuidado de que se vieren privados por el fallecimiento de su padre ó de su madre.

La de proporcionarse, por consecuencia del matrimonio, medios de subsistencia para los solicitantes, para algunos de ellos ó para sus padres necesitados ó enfermos.

La de facilitarse arreglos de familia que pongan término á cuestiones ó pleitos, ó produzcan ventajas análogas.

La de evitarse escándalo por haber mediado largas y estrechas relaciones entre los solicitantes, con existencia de prole ó de embarazo.

La de haber gran dificultad de matrimonios, por escasez de poblacion ó por otras causas generales ó especiales de cada caso.

La razon de Estado si el matrimonio fuere entre príncipes ó de alguno de ellos.

Las demas causas que conforme á un recto criterio se estimen como de interes público ó particular de las familias de los solicitantes.

Los impedimentos dispensables son: el de la viuda para contraer matrimonio ántes de los 301 días de la nulidad ó disolucion del anterior: los grados tercero y cuarto de los colaterales por consanguinidad legítima: la afinidad legítima ó natural en toda su extension y el impedimento entre los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado miéntras subsista la adopcion.

Artículo 66.—Las dispensas á que se refiere al artículo precedente se concederán ó denegarán sin exaccion de derechos á los interesados, bajo ningun concepto.

ORÍGENES

Art. 8.° Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 164 Cód. Francia.—68 Italia.—1073 Portugal.—88 Holanda.

COMENTARIO

El principio general de que las dispensas han de concederse graciosamente, está consignado tambien en los sagrados cánones (1), donde se dice y *esto con causa* y *de gracia*.

Por medio de las llamadas penitencias se ha falseado esta doctrina.

El Estado ha creído que de ninguna manera podía convertir las dispensas en fuente de un impuesto indirecto y fuente no muy pura, segun dice con mucha razon el Sr. Gutierrez.

(1) Conc. Trid. sess. XXIV *de ref. mat.*, cap. V.

Hé aquí las reglas que deben observarse para concesion de dispensas por el Gobierno (1):

1.° Los solicitantes presentarán al presidente del tribunal del partido (juzgado de primera instancia hoy) á que pertenezca el juzgado municipal donde haya de celebrarse el matrimonio, una instancia firmada por los dos ó persona á su ruego, dirigida al Ministro de Gracia y Justicia, solicitando la dispensa y exponiendo las causas en que se funden para pedirla. Con esta instancia deberán presentarse los documentos fehacientes en que consten el impedimento ó impedimentos cuya dispensa se solicite, la certeza de las causas alegadas para obtenerla, y las partidas de nacimiento de los solicitantes, sacadas del Registro civil ó de la parroquia respectiva si el nacimiento ha sido anterior al establecimiento de aquél.

Ademas se presentarán en los casos especiales que á continuacion se expresan los documentos siguientes:

En el impedimento de la viuda, por no haber trascurrido los 301 días siguientes al de la muerte del marido, en el de la mujer cuyo matrimonio se hubiese declarado nulo, ó por no haberse verificado el alumbramiento, si una ú otra hubiesen quedado en cinta á que se refiere el núm. 4.° de la ley, se presentará certificacion de la defuncion del marido, ó de la sentencia firme en que se hubiere declarado la nulidad del matrimonio, certificado del facultativo, que acredite que la viuda ó la mujer cuyo matrimonio fué disuelto está ó no en cinta, y el de nacimiento en su caso de los hijos habidos en el anterior matrimonio.

En el de impedimento de parentesco de colaterales por consanguinidad, por afinidad legítima ó natural, á que se refieren los números 2.°, 3.° y 4.° del art. 6.° de la ley del Matr. civil, los certificados de nacimiento ó de matrimonio que acrediten el parentesco de los solicitantes.

En el impedimento de los descendientes legítimos del adoptante con el adptado, copia auténtica del documento fehaciente en que conste la adopcion.

Cuando se alegare como causa para obtener la dispensa la existencia de hijos habidos en comercio ilegítimo, ó la circunstancia de hallarse en cinta la solicitante, bastará sobre estos particulares la aseveracion de los interesados, sin perjuicio de que se presenten los documentos que acrediten el parentesco.

(1) Arts. 46 y 47, Reglamento para la ejecucion de la ley del Matrimonio civil.

2.ª Presentada la instancia con los documentos mencionados en el número anterior, el juez, despues de cerciorarse por los medios que estime oportunos de la conformidad de los interesados con la solicitud, pasará el expediente al fiscal del mismo tribunal para que emita su dictámen.

Cuando el presidente lo estime necesario ó los interesados lo soliciten, podrá acordar que se practique una informacion de testigos acerca de alguno ó algunos de los hechos expuestos en apoyo de la pretension: y concluso el expediente, se elevará con el informe del juez al Ministerio de Gracia y Justicia por conducto de la Direccion general.

Tanto el juez como el fiscal procederán en estos asuntos con la posible brevedad y mayor reserva.

CAPÍTULO II

DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL

SECCION PRIMERA

DE LA PUBLICACION DEL MATRIMONIO

Artículo 67.—Los que intentaren contraer matrimonio, lo manifestarán al juez municipal de su domicilio ó residencia, si los dos tuvieren una misma, y en otro caso al de cada uno de ellos, consignando ambos en esta manifestacion sus nombres y apellidos paterno y materno, su edad, profesion ú oficio, los respectivos pueblos, términos municipales, partidos y provincias de su nacimiento y de su domicilio ó residencia durante los dos últimos años.

ORÍGENES

Art. 9.º Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 70 y 71 Cód. Italia.—63 y 166 Francia.

COMENTARIO

«Si el interes individual,—leemos en el preámbulo de la ley que comentamos,—exige que no se pongan trabas á la celebracion del matrimonio, el interes del Estado reclama tambien que no se celebren los que adolezcan de algun vicio de ilegitimidad. De suerte que el acertado criterio que debe presidir al establecimiento de las diligencias preliminares al matrimonio, consiste en la conveniente y equitativa combinacion del derecho individual con el derecho social. El Estado no debe establecer diligencias preliminares que no sean necesarias para precaver la celebracion de matrimonios ilegítimos; pero todas las que procedan de esta necesidad, debe adoptarlas sin temor de lastimar la libertad individual. La autoridad que ha de intervenir en las diligencias preliminares al matrimonio, así como en su celebracion, es el juez municipal. Funciones tan graves y trascendentales como las que la ley encomienda á estos funcionarios, sería altamente peligroso otorgarlas á los alcaldes que viven en la agitacion de los intereses de la localidad.»

La manifestacion de que habla este artículo, se hará ante el juez del domicilio. El domicilio se acreditará con las certificaciones necesarias. Si se trata de paisanos, esta certificacion deberá ser del alcalde: y si de militares, se presentará la certificacion de libertad expedida por el jefe del cuerpo armado á que pertenezcan.

Ademas de consignar los nombres, apellidos, profesion, etc., etc., se justificará haber impetrado ú obtenido el consentimiento ó consejo de las personas que deban prestarlos segun los casos. Si ninguno de los interesados supieren escribir, podrán hacer esta manifestacion verbalmente, consignándose por escrito por el secretario del juzgado (art. 38 del Reglamento).

Los jueces municipales no podrán negarse á admitir y dar curso á ninguna solicitud en que sea interesado un domiciliado ó residente.

Artículo 68.—Esta manifestacion se hará por escrito, y se firmará por los dos interesados ó por otra persona á su ruego, si alguno de ellos ó ambos no supieren ó no pudieren firmar.

ORÍGENES

Art. 10 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 73 Cód. Italia.

COMENTARIO

Véanse los arts. 38, 39 y 40 del Reglamento para la ejecucion de la ley del Matrimonio civil.

Artículo 69.—El juez municipal, previa la ratificacion de los pretendientes en la manifestacion expresada en el artículo anterior, mandará fijar edictos en el local de su audiencia pública y en otro sitio tambien público de la parroquia del último domicilio ó residencia de los interesados.

ORÍGENES

Art. 11 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

La ley canónica ha creído conveniente hacer público el deseo de los que solicitan contraer matrimonio, á fin de que por este medio, y llegando á conocimiento de todos, puedan denunciarse oportunamente los impedimentos ocultos que puedan existir.

Este mismo oficio están encargados de llevar á cabo los *edictos* á que la ley civil se refiere.

No falta quien conceptúe que tiene sus inconvenientes «el exponer á la curiosidad del público ciertos nombres en expectacion de matrimonio.»

Censurar los edictos y no censurar las proclamas ó amonestaciones de la Iglesia, lo juzgamos sencillamente como una falta de lógica, porque en todo caso los inconvenientes serian idénticos é iguales las ventajas.

En los edictos se expresarán todas las circunstancias mencionadas en el artículo anterior, invitándose en ellos á todos los que tuvieren noticia de algun impedimento legal que ligue á cualquiera de los contrayentes, á que lo manifiesten por escrito ó de palabra al juez municipal del territorio en que se fije el edicto.

Artículo 70.—Mandará tambien remitir los edictos necesarios á los jueces municipales del territorio en que hubieren residido ó estado domiciliados los interesados en los dos últimos años, á fin de que mande fijarlos en el local de su audiencia pública, y en otro sitio tambien público de la parroquia en que aquéllos hubieren vivido.

ORÍGENES

Art. 12 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Como en los diferentes puntos en que hayan estado domiciliados los interesados, es presumible que existan personas que los conozcan y que tengan noticia de algun impedimento, caso de existir, quiere la ley que los edictos se remitan tambien á los jueces municipales de dichos territorios, á fin de que se fijen en el local de audiencia pública y otro sitio público.

Cuando esta publicacion deba verificarse en algun punto de las provincias de Ultramar, se remitirán los edictos á los alcaldes mayores para que dispongan que se fijen en la localidad respectiva por los jueces municipales ó por los que hagan sus veces.

Artículo 71.—Los edictos se fijarán dos veces consecutivas por el término de ocho dias cada uno.

ORÍGENES

Art. 13 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 72 Cód. Italia.—63 Francia.

Artículo 72.—En los edictos se expresarán todas las circunstancias mencionadas en el art. 67, el tiempo de la publicacion de cada edicto, si es primero ó segundo el que se publica, invitándose en ellos á todos los que tuvieren noticia de algun impedimento legal que ligue á cualquiera de los contrayentes, á que lo manifieste por escrito ó de palabra al juez municipal del territorio en que se fije el edicto.

Se hará constar tambien en los edictos la fecha en que se fijan, y se insertarán en

ellos textualmente los artículos 63, 64 y 65 de este Código (1).

COMENTARIO

Art. 14 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 70 Cód. Italia.— 63 Francia.

Artículo 73.—Cuando los interesados fueren extranjeros, y no llevaren dos años de residencia en España, habrán de acreditar por certificacion de la autoridad competente, segun las leyes de su país, legalizada en forma y con todas las circunstancias que requieren las leyes españolas para su autenticidad y validez:

Haberse hecho la publicacion del matrimonio que intentaren contraer con todas las solemnidades exigidas en el territorio en que hubieren tenido su domicilio ó residencia durante el año anterior á su entrada en España. En todo caso, acreditarán su libertad para contraer matrimonio.

ORÍGENES

Art. 15 Ley Matr. civ.

Artículo 74.—El juez municipal á quien competa autorizar el matrimonio podrá dispensar la publicacion de los edictos, y en su caso, la presentacion de los documentos á que se refiere el artículo anterior, cuando cualquiera de los interesados se hallare en inminente peligro de muerte.

ORÍGENES

Art. 16 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

La publicacion de edictos es indispensable para la celebracion y validez del matrimonio.

Se exceptúan solamente de esta formalidad los casos siguientes:

1.° Cuando los que intenten contraer matrimonio, ó alguno de ellos, se hallen en inminente peligro de muerte, debidamente justificado.

2.° Cuando los que intenten contraer matrimonio sean militares y se hallen en activo servicio.

3.° Cuando los que intenten contraer matrimonio hayan obtenido la competente dispensa de la publicacion del edicto.

En el primero de los casos el juez exigirá que se le presente certificacion de facultativo que acredite el inminente peligro de muerte, ó que se acredite este extremo por los demas medios que á su juicio fueren suficientes.

El fiscal dará dictámen con la mayor urgencia.

La necesidad de dispensar de los edictos puede resultar evidente. El honor de la familia; el porvenir de la prole desgraciada é inocente; la reparacion debida á la sencillez ultrajada de la mujer, y el respeto, en fin, que no puede ménos de rendirse á la conciencia del hombre que se halla al borde del sepulcro, legitiman y hacen indispensable la dispensa.

Artículo 75.—Los militares en activo servicio que intentaren contraer matrimonio estarán dispensados de la publicacion de los edictos si presentaren certificacion de su libertad, expedida por el jefe del cuerpo armado á que pertenezcan.

ORÍGENES

Art. 17 Ley Matr. civ.

Artículo 76.—En los demas casos solamente el Gobierno podrá dispensar la publicacion del segundo edicto ó de ambos, mediando causas graves suficientemente probadas. Esta dispensa se concederá gratuitamente en la forma y con las solemnidades que se prescriban en el oportuno Reglamento.

ORÍGENES

Art. 18 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

El militar en activo servicio que con su certificacion de libertad demuestra suficientemente que puede contraer matrimonio, está dispensado de edictos.

En nuestro concepto, esta disposicion de la ley debiera modificarse. El certificado de libertad podrá ser prueba plena de que el militar que intenta contraer matrimonio, no tiene otro anterior contraído y no disuelto, pero de nin-

(1) 4.°, 5.° y 6.° de la Ley.

guna manera acreditará que no existe cualquiera otro de los muchos impedimentos que marca la ley, y que dejamos consignados en los números 3.° del art. 63 y todos los comprendidos en los 64 y 65 de este Código (5.° y 6.° de la ley del Matrimonio civil) y, si bien es verdad que por el artículo que comentamos no se deduce que tambien esté dispensada la mujer de que se publiquen edictos en el territorio de su domicilio, ántes al contrario, el art. 45 del Reglamento hace constar que la exencion de edictos no alcanza á la que haya de casarse con el militar, y que por este medio podrían descubrirse y denunciarse otros impedimentos, no es ménos cierto que en algunos casos contribuirá este artículo á que queden ignorados algunos impedimentos.

Los edictos que se publican en el domicilio del esposo no tienen por único objeto descubrir los impedimentos de ligámen, impotencia ú órden sacro, sinó todos los demas de que no puede hablarse en los certificados de libertad.

Los trámites establecidos para obtener las dispensas de edictos en los demas casos, son análogos á los que se exigen para obtener las de impedimentos dispensables. (Véanse artículos 44, 45 y 46 del Reglamento y modelo de diligencias en la circular de 24 Agosto 1870.)

Artículo 77.—Los jueces municipales en cuyo territorio se hubieren fijado los edictos, á excepcion del que hubiere de autorizar el matrimonio, expedirán á instancia de cualquiera de los interesados, á los cinco días de concluído el término de la publicacion de los edictos, certificacion de los impedimentos que se les hubieren denunciado, ó negativa en el caso de que no exista denuncia alguna.

ORÍGENES

Art. 19 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Para que el juez municipal autorice en su día la celebracion del matrimonio, necesita tener noticia de haberse hecho la publicacion de edictos en los lugares que la ley marca, y que no se ha presentado oposicion ninguna ó denuncia de impedimento, cuyos extremos sólo pueden acreditarse con las correspondientes certificaciones de que habla este artículo, y que expedidas por los respectivos juzgados á instancia de cualquiera de los interesados, han de presentarse ante el juez municipal que entienda en la celebracion del matrimonio.

Esta certificacion será expresiva de los impedimentos denunciados cuando lo hubieren sido, ó negativa en otro caso.

SECCION SEGUNDA

DE LA OPOSICION AL MATRIMONIO

Artículo 78.—Los promotores fiscales y los regidores síndicos de los pueblos, en sus respectivos casos, tendrán obligacion de inquirir y denunciar al juez municipal que publicare los edictos para la celebracion del matrimonio, los impedimentos legales que afecten á los pretendientes.

ORÍGENES

Art. 20 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 87 Italia.

Artículo 79.—Podrán tambien hacer la denuncia todos los ciudadanos mayores de edad. No será admisible, sin embargo, la que se refiere al impedimento expresado en el núm. 3.° del art. 64, si no fuere hecha por la persona llamada por la ley á dar la licencia ó el consejo para el matrimonio intentado.

ORÍGENES

Art. 21 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 82 al 86 Cód. Italia.—172 al 176 Francia.—146, 158 y 165 Prusia.

COMENTARIO

La celebracion de matrimonios entre cuyos

contrayentes existen impedimentos, son un ataque directo á la moral y á la ley. En que tal no suceda, están interesados todos los que aman los principios de justicia y órden. Por eso la ley, celosa del cumplimiento de lo que ella misma establecía, dispuso que tanto los fiscales, como los regidores síndicos, como los mismos particulares, tuvieran accion para denunciar los impedimentos. Y no hace más la ley con este precepto, que dar vida y valor legal á una necesidad de conciencia que habrá de experimentar seguramente todo el que tenga conocimiento de que se intenta un matrimonio entre personas á quienes la ley se lo prohibe.

Todo ciudadano, pues, tiene accion para denunciar los impedimentos marcados por la ley. Que esta accion pueda ejercitarse y se ejercite, es el objeto de los edictos de que ántes hemos hablado. No todos los impedimentos, sin embargo, son denunciables. Alguno de ellos reviste un carácter esencialmente particular y de interes meramente familiar, como es el que se refiere al consentimiento ó consejo de las personas llamadas á prestarlos. Este impedimento sólo podrá ser denunciado por la misma persona llamada por la ley á dar la licencia, y nadie más podrá ejercitar por este motivo la facultad que concede el artículo.

Artículo 80.—No podrán ser denunciados otros impedimentos que los declarados y establecidos en los artículos 62, 63 y 64 de este Código (4.°, 5.° y 6.° de la ley de Matr. civ.)

ORÍGENES

Art. 22 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 90 Cód. Italia.

COMENTARIO

Es tan obvio el precepto contenido en este artículo, que no merece explicacion. Cualquier vínculo ó motivo que en concepto de los particulares deba entorpecer el matrimonio, no puede aceptarse como expresamente no esté comprendido en las disposiciones de la ley. La malicia encontraría en otro caso ancho campo para llevar el trastorno y la inquietud á las familias que van á formarse.

Artículo 81.—La denuncia de los impedimentos habrá de hacerse en el término señalado en los edictos ó en los cinco días siguientes á su conclusion.

La que se hiciere despues no será admisible á no interponerse ante el juez municipal que hubiese de autorizar el matrimonio, y ántes de su celebracion.

ORÍGENES

Art. 23 Ley Matr. civ.

Artículo 82.—La denuncia, hecha en tiempo oportuno, á que se refiere el artículo anterior, producirá el efecto de suspender la celebracion del matrimonio hasta que fuere declarada por sentencia firme su improcedencia ó falsedad.

ORÍGENES

Art. 24 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 90 Cód. Italia.

Artículo 83.—La denuncia podrá hacerse por escrito ó verbalmente.

Si se hiciere por escrito, el juez municipal acordará que durante las veinticuatro horas siguientes se ratifique en ella el denunciante.

Si se hiciere verbalmente, se hará constar en acta que autorizará el secretario del juez municipal, y firmará el denunciante si supiere ó pudiere firmar.

ORÍGENES

Art. 25 Ley Matr. civ.

Artículo 84.—La denuncia se sustanciará por el juez municipal ante quien hubiere sido hecha, en la forma y por los trámites que se establecieren en la ley de Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Art. 26 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Tan naturales y lógicas nos parecen las prescripciones contenidas en estos últimos artículos, que nada podemos añadir á su texto.

Respecto del procedimiento para oponerse al matrimonio, el juez municipal admitirá ó des-

echará las denuncias que se hagan en tiempo y forma.

Contra las providencias denegatorias podrán reclamar los interesados dentro de las veinticuatro horas siguientes á la de la notificacion, al juzgado de primera instancia, quien previo informe del juez municipal respectivo, y oído el fiscal, resolverá sin ulterior recurso lo que estime procedente.

Hecha la ratificacion por el denunciante y admitida por el juez, éste dictará providencia mandando notificar la denuncia á los que intentaren contraer matrimonio y á sus padres ó curadores, si aquéllos fueren menores de edad.

Los interesados podrán hacer constar en la diligencia de notificacion si en vista de la denuncia persisten ó no en la celebracion del matrimonio. En caso de desistimiento se suspenderá toda diligencia ulterior, remitiéndose el expediente al juez designado para autorizar dicho matrimonio.

Si los interesados no manifestasen en el acto de la notificacion ó en las veinticuatro horas siguientes su desistimiento, el juez dictará providencia mandando recibir á prueba la denuncia por el término de ocho dias.

Los interesados, si fueren mayores de edad, y sus legítimos representantes si fueren menores podrán oponerse á la denuncia y se les admitirá, lo mismo que al denunciante, todas las pruebas pertinentes que en el expresado término propongan.

Las pruebas se practicarán como en juicio verbal.

Trascurridos los ocho días útiles designados para la prueba, á contar desde la última notificacion, se unirán á la denuncia las pruebas practicadas, citándose y emplazándose á las partes ó á sus representantes, para que comparezcan en el juzgado de primera instancia que haya de resolver sobre la denuncia, dentro del término de ocho días. Este término se ampliará á razon de un dia por cada 40 kilómetros de distancia del pueblo en que resida el emplazado, á aquel en que radique dicho juzgado.

El juez que haya instruído el expediente lo remitirá inmediatamente al juzgado de primera instancia, y si aquél no fuera el encargado de autorizar el matrimonio, hará la remision por conducto del que hubiere sido designado al efecto, quien remitirá juntos todos los expedientes al juzgado de primera instancia. Recibidos en éste, y trascurrido el término del emplazamiento, se celebrará juicio verbal, al que podrán traerse nuevas pruebas, y cinco días despues dictará providencia motivada, admitiendo ó desestimando las denuncias presentadas.

Contra esta providencia no se da ningun recurso.

Devueltos todos los expedientes al juzgado municipal á quien correspondiere autorizar el matrimonio, éste procederá á lo que haya lugar, con arreglo á lo dispuesto en aquella providencia.

Artículo 85.—Cuando la denuncia privada fuere declarada maliciosa por sentencia firme, se condenará al denunciante á la indemnizacion de los daños y perjuicios causados á los interesados.

ORÍGENES

Art. 27. Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 179 Cód. Francia.—91 Italia.

COMENTARIO

El que con intencion de causar una molestia, una vejacion ó un entorpecimiento, hace una falsa denuncia, comete un acto que puede causar daños y perjuicios á los que intentaban contraer matrimonio. Nada más justo, por consiguiente, que sea el que causó maliciosamente el daño el obligado á resarcirlo.

Portalis opina que debe darse esta indemnizacion áun cuando la falsa denuncia no resulte maliciosa, sinó solamente imprudente ó motivada por un error, siquiera éste sea disculpable.

SECCION TERCERA

DE LAS SOLEMNIDADES DEL MATRIMONIO CIVIL

Artículo 86.—El matrimonio se celebrará ante el juez municipal competente y dos testigos mayores de edad.

ORÍGENES

Art. 28 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 93 Cód. Italia.—165 Francia.—1069 Portugal.

COMENTARIO

El matrimonio, áun cuando se considere como contrato puramente civil, no puede equipararse á otro alguno ni por su naturaleza ni por su importancia. Esto ha sido causa de que en todos los pueblos en que el matrimonio reviste el carácter civil, vaya acompañado de ciertas solemnidades.

«Es el más importante de todos los contratos en que se pueda coartar la libertad del individuo; es, por tanto, conveniente que se empleen palabras determinadas y solemnes que, como fórmulas del consentimiento, hagan imposible toda duda racional respecto á la concurrencia simultánea de las voluntades de los contrayentes, sobre un acto tan grave y trascendental.»

Toda la seccion tercera está consagrada á prescribir estas formalidades.

Artículo 87.—Es juez municipal competente para autorizar el matrimonio, el del domicilio ó residencia de los contrayentes ó de cualquiera de ellos á eleccion de los mismos.

Se entiende por residencia para los efectos del párrafo precedente, la permanencia del interesado en el término municipal con dos meses de antelacion; y si se tratare de militares en activo servicio, se considerará residencia de los mismos la del territorio donde se halle, aunque sea accidentalmente, el cuerpo á que pertenezcan ó en que radicare el empleo, cargo ó comision militar que estuvieren desempeñando.

ORÍGENES

Art. 29 Ley Matr. civ.

Artículo 88.—El juez municipal de cada territorio será competente para autorizar el matrimonio del transeunte que en el mismo se halle en inminente peligro de muerte.

ORÍGENES

Art. 30 Ley Matr. civ.

Artículo 89.—El juez municipal no autorizará la celebracion del matrimonio, cuando á éste se hubiere hecho denuncia de impedimento legal, miéntras ésta no sea desechada en forma. Tampoco autorizará la celebracion de ningun matrimonio ántes que se entreguen en la secretaría del juzgado:

Primero. Las certificaciones de nacimiento de los interesados.

Segundo. Las negativas de denuncia de impedimento expresadas en el art. 77 (19 de la Ley Matr. civ.)

Tercero. Los documentos que acrediten la dispensa de la publicacion de edictos ó de impedimentos legales de los contrayentes en sus respectivos casos.

Cuarto. Los documentos que demuestren haber obtenido la licencia ó solicitado el consejo conforme á la ley, cuando se trate de matrimonios de hijos de familia y de menores de edad.

Quinto. Los documentos á que se refiere el art. 73 (15 de la Ley Matr. civ.) cuando se trate del matrimonio de extranjeros.

Sexto. La certificacion de libertad cuando se trate del matrimonio de militares en activo servicio, expedida con arreglo al artículo 75 (17 de la Ley Matr. civ.).

ORÍGENES

Art. 31 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 79 y 98 Cód. Italia.—76 Francia.—2478 Portugal.—42 Holanda.

COMENTARIO

Todas éstas no son simplemente formalidades que deban concurrir para el matrimonio. Son ademas requisitos esenciales para formalizarlo, y garantías que la ley ha creído justamente necesarias para evitar complicaciones futuras, que redundarían siempre en daño de los particulares y menoscabo de la moral y del derecho.

Artículo 90.—Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, el juez municipal podrá autorizar el matrimonio del que se halle en peligro inminente de muerte, aunque los contrayentes no hayan presentado los mencionados documentos.

El matrimonio así contraído, se entenderá condicional miéntras que no se acredite la libertad anterior de los esposos en la forma establecida en este Código.

ORÍGENES

Art. 32 Ley Matr. civ.

Artículo 91.—Despues de trascurridos seis meses desde la fecha del último edicto de su dispensa, sin que se haya celebrado el matrimonio, no podrá autorizarse, aunque los interesados lo soliciten, si no se cumplen nuevamente los requisitos y se practican las diligencias prescritas en este Código.

ORÍGENES

Art. 33 Ley Matr. civ.

Artículo 92.—El matrimonio podrá celebrarse personalmente ó por medio de mandatario con poder especial, que deberá expresar el nombre de la persona con quien éste lo haya de celebrar; pero siempre habrá de concurrir personalmente á la celebracion el contrayente domiciliado ó residente en el territorio del juez que haya de autorizar el matrimonio.

ORÍGENES

Art. 35 Ley Matr. civ.

Artículo 93.—Será válido el matrimonio celebrado por medio de apoderado, miéntras que no se le haya notificado en forma auténtica la renovacion del poder otorgado á su favor por el contrayente.

ORÍGENES

Art. 36 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Siendo la base del matrimonio el consentimiento de los contrayentes, este consentimiento puede manifestarse por medio de apoderado especial.

La Iglesia adoptó la misma doctrina.

Mas si el poder puede revocarse, ¿qué efectos tendrá esta revocacion?

Con arreglo á la ley canónica la revocacion anula el matrimonio si se hizo ántes de que el matrimonio se formalizase, aunque el apoderado ignore la revocacion.

La ley civil exige para que la revocacion del poder surta el efecto que se propone, que sea notificada al apoderado, siendo, por tanto, de ningun valor el matrimonio que se celebre despues de aquella notificacion.

Fúndase en el preámbulo de la ley esta disposicion, en que por grande que sea el respeto que deba inspirar la libertad de los contrayentes, no es justo ni conveniente que á la sombra de este respeto emplee el fraude y la mala fe el seductor, á costa de la inocencia de la víctima.

Artículo 94.—El matrimonio se celebrará en el local de audiencia pública del juez que hubiere de autorizarlo, á no ser que éste acordare otra cosa á instancia de los contrayentes, por hallarse alguno de ellos en la imposibilidad de concurrir al local mencionado ó por otra causa análoga.

ORÍGENES

Art. 37 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 97 Cód. Italia.

COMENTARIO

El matrimonio ha de celebrarse en el local de la audiencia pública del juzgado municipal. Así lo exige la formalidad del contrato. Esto no obstante, á instancia de los interesados, bien por hallarse alguno enfermo ó por otra causa suficiente á juicio del juez, puede procederse á su celebracion en la casa misma de cualquiera de los dos cónyuges, ú otro local á propósito.

La Iglesia, que señala la parroquia como lugar de la celebracion del sacramento, admite tambien la excepcion de este artículo.

Artículo 95.—El matrimonio se celebrará con asistencia de dos testigos mayores de edad, en la siguiente forma:

Primeramente el secretario del juzgado leerá los arts. 1.°, 2.°, 4.°, 5.° y 6.° de la Ley del Matr. civ.

Acto continuo y sucesivamente, el juez interrogará á cada uno de los esposos con la siguiente fórmula:

¿Queréis por esposa (ó esposo) á...? (El nombre y apellido del contrayente no interrogado.)

Los contrayentes contestarán por su órden:—*Sí quiero.*

Incontinenti el juez pronunciará las siguientes palabras:

Quedáis unidos en matrimonio perpetuo é indisoluble: y se terminará el acto de la celebracion leyendo el secretario del juzgado los artículos del cap. V, secc. 1.ª de la Ley del Matr. civ.

ORÍGENES

Art. 38 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 94 Cód. Italia. — 75 Francia.

Artículo 96.—Todo lo expresado en el artículo anterior, se consignará inmediatamente en un acta que firmará el juez, los cónyuges y los testigos, si supieren ó pudieren firmar, autorizándola el secretario del juzgado.

El expediente formado para las diligencias preliminares del matrimonio, se archivará en el juzgado y á él se unirán los documentos á que se refiere el artículo 90 (32 de la Ley Matr. civ.)

ORÍGENES

Art. 39 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 76 Cód. Francia.—2478 Portugal.—383 Italia.—42 Holanda.

COMENTARIO

En estos dos artículos se comprende el *acto* mismo de celebrarse el contrato. El objeto del legislador al señalar esta forma, ha sido que se exprese con toda claridad, y sin que haya lugar á duda racional, la congruente voluntad de los contrayentes.

Si los contrayentes ó alguno de ellos fuere sordo mudo, deberá expresar su consentimiento por signos que no den lugar á duda acerca de los mismos.

Si no entendieran el castellano lo expresarán por medio de intérprete nombrado por el juez, y que deberá tener las circunstancias de los testigos de mayor excepcion, jurando previamente desempeñar su cargo con fidelidad.

Artículo 97.—El matrimonio contraído fuera de España por extranjeros, con arreglo á las leyes de su nacion, surtirá en España todos los efectos civiles del matrimonio legítimo.

ORÍGENES

Art. 40 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 170 Cód. Francia.—100 al 103 Italia.—158 y 159 Holanda.—77 Vaud.

COMENTARIO

¿Qué valor tenían en España los matrimonios celebrados en el extranjero ántes de la ley del Matrimonio civil?

Para contestar á esta pregunta hay que hacer una distincion, por más que las leyes nada dijeran sobre este punto.

Si se trataba de un matrimonio celebrado con arreglo á los cánones tridentinos, es claro que estando regido por las mismas leyes y bajo las mismas formas y solemnidades, tenía idéntico valor en cualquier punto donde los repetidos cánones estuvieren en vigor.

Mas si se trata de un matrimonio civil celebrado en el extranjero, ¿cuál sería su valor en España?

A nuestro entender tendría en España toda la fuerza y valor que le dieran las leyes del país donde se celebró, siempre que estuviese dentro de los principios de moral universal. O en último caso, y puesto que el matrimonio civil toma el carácter de contrato, haríamos aplicacion de la doctrina contenida en el art. 4.º de este Código y Real Decreto de 17 de Octubre de 1851, y con arreglo á ella consideraríamos válidos los matrimonios lícitos en España, siempre que se hubieren llenado las formas exigidas en el país donde se celebraron.

Así lo aconsejan la moral y el derecho.

De otro modo opinan, sin embargo, algunos jurisconsultos de justa reputacion (1).

Pero esta cuestion ha quedado resuelta en la ley de Matrimonio civil del modo que indica el artículo que comentamos y en los siguientes, haciéndose la necesaria distincion cuando se trata de dos extranjeros, ó de un español y un extranjero, ó de dos españoles en diverso país.

Artículo 98.—El matrimonio contraído en el extranjero por dos españoles ó por un español y un extranjero, será válido en España siempre que se hayan observado en su celebracion las leyes establecidas en el país en que tuvo efecto para regular la forma externa de aquel contrato, y los contrayentes tuvieren aptitud para celebrarlo con arreglo á las leyes españolas.

ORÍGENES

Art. 41 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 100 Cód. Italia.—170 Francia.

Artículo 99.—Los matrimonios celebrados en el extranjero por dos españoles ó por un español que quiera conservar su nacionalidad y un extranjero, habrán de inscribirse en los quince dias siguientes á su celebracion en el Registro civil del agente diplomático ó consular español del lugar en que el acto se hubiera efectuado, y no habiéndolo, en el del más próximo.

ORÍGENES

Art. 42 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 171 Cód. Francia.—101 Italia.

Artículo 100.—Los jefes de los cuerpos militares en campaña, podrán autorizar, en defecto del juez municipal, los matrimonios que intenten celebrar *in articulo mortis* los individuos de los mismos, con arreglo al artículo 90 (32 Ley Matr. civ.).

Los contadores de los buques de guerra y los capitanes de los mercantes podrán desempeñar las mismas funciones en los matrimonios que se celebren á bordo *in articulo mortis*.

ORÍGENES

Art. 43 Ley Matr. civ.

SECCION CUARTA

DE LOS MEDIOS DE PROBAR EL MATRIMONIO

Artículo 101.—Los matrimonios contraídos con arreglo á la ley civil, se probarán solamente por las correspondientes actas del Registro civil, á no ser que éstas hubieren desaparecido, en cuyo caso serán admisibles todos los medios legales de prueba.

ORÍGENES

Art. 80 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Art. 117 Cód. Italia.

(1) Gutierrez, *Códigos*, lib. I., cap. II, art. 5.º, párr. 8.º

Artículo 102.—La posesion constante de estado de los padres, unida á las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de legítimos, harán prueba plena del matrimonio de aquéllos, si hubieran fallecido ó se hallaren impedidos de manifestar el lugar de su casamiento, á no constar que alguno de ellos estaba ligado con un matrimonio anterior.

ORÍGENES

Art. 81 Ley Matr. civil.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Art. 119 Cód. Italia.

Artículo 103.—El matrimonio contraído en país extranjero, podrá probarse por cualquier medio de prueba, si en el país en que fué celebrado no estuvieren los matrimonios sujetos á registro.

ORÍGENES

Art. 82 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Con arreglo á la antigua legislacion, no se determinaban expresamente los medios de probar la existencia del matrimonio. Sin embargo, las partidas sacramentales y en su defecto todos los demas medios de prueba podían llevarse á los tribunales con este objeto.

La ley del Matrimonio civil respeta en cuanto á los matrimonios que precedieron á la misma, los medios de prueba establecidos anteriormente; pero tratándose de los posteriores marca taxativamente las pruebas que pueden presentarse y que no son otras, viviendo los contrayentes, y no estando imposibilitados de manifestar el lugar del casamiento, que las correspondientes actas del Registro civil, á no ser que éstas hubieren desaparecido, en cuyo caso bastarán las otras pruebas ó que los contrayentes hayan muerto ó estén imposibilitados de manifestar el lugar del casamiento, en cuyos casos, la posesion constante del estado de los padres, unido á las actas de nacimiento de los hijos en concepto de legítimos, harán prueba plena del matrimonio, pues sería injusto exigir á los hijos la misma prueba cuando ignoran en qué Registro se hallan las actas, si por otra parte sus padres no lo pueden manifestar.

La presuncion que nace de la posesion de estado y de las actas de nacimiento de los hijos, admite en contrario la prueba de que alguno de los contrayentes estuviere ligado con matrimonio anterior.

Varios casos dudosos pueden presentarse con este motivo. Si el vínculo matrimonial no es anterior sinó posterior ó simultáneo, ¿podrán considerarse aquellos hijos como legítimos.

Si correspondientes á un mismo tiempo, apareciesen actas de nacimiento de varios hijos en concepto de legítimos, constando todos ellos como hijos de un mismo padre, pero de diversas madres, pareciendo entónces que existen dos matrimonios, ¿se tendrá alguno por legítimo? ¿qué condicion seguirán los hijos?

PARTE TERCERA

DISPOSICIONES COMUNES DEL MATRIMONIO CANÓNICO Y CIVIL

CAPÍTULO PRIMERO

DEL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES Ó CURADORES PARA CONTRAER MATRIMONIO

Artículo 104.—El hijo de familia que no ha cumplido 23 años, y la hija que no ha cumplido 20, necesitan para casarse del consentimiento paterno.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. II, lib. III, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. V, lib. V, Fuero Viejo.
Ley 1.ª, tít. III, Partida 4.ª
Ley 9.ª, tít. II, lib. X, Nov. Rec.
Art. 1.º Ley 18 Junio 1862.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1058 y 1061 Cód. Portugal.—92 Holanda.—49 Austria.—5.º Rusia.—63 Italia.—Ley 19, tít. II, lib. XXIII, Digesto.

COMENTARIO

Dice Montesquieu que la edad coloca á los hijos en estado de ignorancia y las pasiones en el de embriaguez, por cuyo motivo los padres deben atemperar cuanto sea posible el fatal resultado de estas dos circunstancias.

Nada más oportuno que las palabras del señor Goyena comentando el proyecto de Código: «El matrimonio es entre todas las acciones humanas la más interesante y casi decisiva de la felicidad ó desdicha de la vida: debe, pues, rodeársele de todas las precauciones posibles, puesto que el error ó desacierto, una vez cometido, es irreparable.»

«Para tener derecho á contraer obligaciones, conviene ántes conocerlas. Ninguna legislacion abandonó los hijos á sí mismos en la primera edad de las pasiones, para dar este paso resbaladizo sobre una alfombra de flores que encubre, muchas veces, un abismo de miserias; y naturalmente, hubo de apelar á la intervencion de los padres, tanto por la ternura con que aman á sus hijos, como por ser ellos mismos interesados, *ne ipsis in vitis agnascatur suus heres* (Ley 2.ª, tit. II, lib. XXII, Digesto.): el nieto ha de llevar el apellido y puede ser su heredero forzoso.»

Los romanos, y ántes los griegos, los hebreos y en general todos los pueblo orientales, exigieron el consentimiento paterno para que fuesen válidos los matrimonios, y así, se tenian por nulos todos los verificados sin aquel requisito.

En el cristianismo se mitigó un tanto este rigor de derecho, pudiendo recurrirse á los procónsules contra el disenso inmotivado del padre, y posteriormente, en el siglo XII, se introdujo la funesta doctrina de que si bien los hijos faltaban gravemente en casarse sin el consentimiento paterno, los matrimonios eran, no obstante, válidos.

El Fuero Juzgo prohibía absolutamente estas uniones: *aquesto non lo sofrimos por nenguna manera*, cuyo principio se repitió en el Fuero Real y Fueros Municipales, siendo la infraccion de esta regla motivo para entenderse desheredada la hija.

En Francia se fija la edad de 21 y 25 años para las hijas é hijos respectivamente. El Código de Vaud señala indistintamente la edad de 23 años, y el de Prusia exige el consentimiento, como el Sardo, en toda edad.

Varias son las dudas á que da lugar el artículo de que nos ocupamos.

En primer lugar, ¿será necesario el consentimiento paterno cuando se trate de contraer esponsales? Hé aquí lo que dice Gutierrez sobre este punto: «La ley habló del consentimiento como requisito previo para el matrimonio: este acto, que había de decidir de la suerte de un individuo, era el que convenía rodear de formalidades y precauciones: por eso dijo «necesitan para casarse.» El esponsal no produce los mismos compromisos: así es, que hasta se ha permitido contraerlos sin tener uso de razon: la Iglesia, considerándolos como un compromiso de conciencia, ha excusado todas las formalidades; y las de la pragmática de 1803 podrían considerarse virtualmente derogadas por la ley posterior que exige el consentimiento en el único caso en que puede ser útil, que es el matrimonio.» A nuestro entender, el consentimiento paterno debe acompañar al otorgamiento de los esponsales; de otra manera aludirían los hijos fácilmente el precepto legal.

¿Será suficiente la licencia general para contraer matrimonio? Escriche opina que basta la licencia general: Gutierrez cree, por el contrario, que el consentimiento ha de referirse á un matrimonio concreto que haya de celebrarse con persona determinada; lo que es más conforme con nuestra opinion.

El consentimiento de que habla la ley, ¿se refiere solamente al primer matrimonio, ó habrá de impetrarse del mismo modo cuando se pase á segundas nupcias dentro de la edad marcada en el artículo?

El Tribunal Supremo, evacuando una consulta, manifestó que el viudo no necesitaba impetrar el consentimiento paterno. Algunos jurisconsultos de reconocida ilustracion sustentan idéntica teoría. En contra de esta doctrina se han hecho, no obstante, algunas consideraciones, no desprovistas de importancia. En primer lugar, se dice, esta ley no es de las que deban restringirse: conduce directamente á la utilidad del menor, por lo cual éste debe ser el primer interesado en que se cumpla, ademas del interes general que debe tener la sociedad en que se reverencie el padre como es debido. En segundo lugar, el fundamento de este requisito no es la patria potestad, ni esta facultal forma parte de los derechos del padre; por el contrario, es independiente de ellos, y buena prueba es que no se exige más que hasta los 20 y 23 años respectivamente; que han de prestarlo en su caso personas que no tienen la patria potestad sobre el menor, como son los abuelos, el curador, el juez y la junta de parientes ó de vecinos, y por último, que si no el consentimiento, por lo ménos el consejo ha de impetrarse en toda edad, y áun cuando los hijos estén emancipados. En tercer lugar, el verdadero objeto de esta formalidad es, no sólo el respeto que debemos tributar á quienes nos dieron el sér, sinó la presuncion fundadísima de que se carece en tal edad del discernimiento preciso para comprender la conveniencia ó inconveniencia del enlace que se proyecta; falta de discernimiento que no es de presumir desaparezca con sólo haber estado casado brevísimo tiempo, ni debe entenderse que el consentimiento dado para el primer matrimonio demuestre la creencia del padre de que tenia el hijo el discernimiento necesario para apreciar la gravedad de todos los matrimonios.

En una palabra, idénticos son los motivos de la ley tratándose del soltero que del viudo, y prueba de ello es que el mismo Sr. Escriche á que nos hemos referido, dice que si el padre da su consentimiento para que el hijo se case con determinada persona, y ésta muriera ántes de que se celebre el matrimonio, deberá el hijo solicitar de nuevo el consentimiento si intentare casarse con otra persona.

Otra duda hace posible la ley. Dictada ésta en época en que la sola razon de la edad no era causa de emancipacion, parece como que el consentimiento y el consejo habian de impetrarse siempre que la emancipacion no tuviese lugar. Mas el art. 64 de la ley del Matrimonio civil estableciendo la emancipacion *ipso facto*, al cumplirse la edad de 25 años, hace dudar de si habrá derogado en parte la ley del consentimiento paterno, y por consiguiente, si una vez llegado el hijo á la mayor edad, no será ya necesario obtener el consejo de los padres. Si se toma como base de la ley, el principio de que sólo están sujetos á sus preceptos los hijos no emancipados, es indudable que el art. 64 de la ley del Matrimonio civil hace innecesario el consejo paterno, una vez emancipado el hijo por ser mayor de edad. Mas para esto, es preciso partir de esta base, y esta base no la hallamos en la ley; en primer lugar porque ésta no habla de eman-

cipacion, y al establecer el precepto, no hace distincion ninguna entre el hijo emancipado y no emancipado, lo cual nos prohibe hacer distinciones que la ley no consigna: en segundo lugar, el hijo que ha perdido el padre y la madre (y que por lo tanto está verdaderamente emancipado, ha salido de la patria potestad y es *sui juris*), tiene que solicitar el consejo de los abuelos cualquiera que sea su edad, lo cual contradice la opinion de los que afirman que la emancipacion hace innecesario el consejo.

Si el padre diere su consentimiento ántes de comenzarse el expediente matrimonial, y los parientes llamados por la ley para prestar consentimiento se opusieran al matrimonio, ¿valdría esta oposicion? «En tal caso,—dice Escriche,—no podría invalidarse el consentimiento paterno, dado en cualquier tiempo y constando por los medios legales, porque el derecho de los demas parientes nace de no haber ejercitado el padre su derecho; pero desde el momento en que éste lo ejercitó, aunque despues muera ó se inhabilite para manifestar su voluntad, aquel punto quedó resuelto irrevocablemente.»

«Pero,—añade el mismo jurisconsulto,—y si la madre ó alguno de los llamados á suplir el consentimiento paterno, al oponerse al enlace consentido ántes de incoadas las diligencias matrimoniales, alegaren que tenían pruebas de que el padre había mudado de voluntad, ¿podría sobre esto admitirse justificacion, é incoarse un litigio y sujetarse á sus resultas la celebracion del matrimonio?» Dudoso es en verdad el caso: creemos, sin embargo, que no deben admitirse más justificaciones sobre este hecho que las que la ley marca como indudables, á saber, declaracion ante notario, que hubiere hecho el padre ántes de morir ó inhabilitarse.

»Si el padre se hallase ausente, en lejanos países (véase art. 1367 ley de Enjuiciamiento), creemos que deberá aplicarse el artículo siguiente, es decir, considerar que el padre se halla imposibilitado de prestar el consentimiento.

»Si el padre se halla sufriendo la interdiccion civil como despojado de todos los derechos familiares (véase art. 43 del Código penal), no podrá prestar su consentimiento. «Si como padre tiene derechos, la ley civil no puede sancionarlos en favor de un hombre que ha sido separado de la sociedad: á otras manos más puras ha de encomendarse derecho tan sagrado: no puede disponer de un escudo en favor del patrimonio comun: no tiene autoridad ninguna sobre su esposa, ¿cómo ha de disponer de la felicidad y del porvenir de sus hijos?»

La obligacion de pedir al padre ó á la madre el consentimiento para el matrimonio de sus hijos, existe aunque aquéllos pasaren á segundas nupcias, y sin que la madre que ejerce un derecho emanado del matrimonio anterior, necesite para ello de la licencia del segundo marido.

Artículo 105.—En el caso del artículo anterior, si falta el padre ó se halla impedido para prestar el consentimiento, corresponde la misma facultad á la madre y sucesivamente en iguales circunstancias al abuelo paterno y al materno.

ORÍGENES

Art. 2.º Ley 18 Junio 1862.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 149 y 150 Cód. Francia.—64 Italia.

COMENTARIO

Refiérese el artículo al caso en que faltare el padre, esto es, hubiere fallecido, ó en que se halle impedido para prestar el consentimento: ¿cuándo podremos afirmar que ha llegado este caso? ¿qué justificacion será necesaria?

Nada dice la ley sobre este punto. En nuestro concepto las mismas razones que otras leyes determinan incapacidades para contratar ó llevar á cabo otros actos de esta naturaleza, habrán de servirnos de guía para el caso de que nos ocupamos. En este sentido la locura, imbecilidad y todas las demas que se enumeran en otras leyes, serán las que deban tener aplicacion.

No existirá esta imposibilidad cuando el padre sea mudo, ó sordo, ó paralítico, porque en cualquiera de estos casos, pueden hallarse medios seguros de penetrar en la voluntad del impedido (véase art. 1208 ley de Enjuiciamiento civil).

¿Podrá interpretarse que *falta* el padre ó la madre por pasar á segundas nupcias? De ninguna manera, y si en algun tiempo pudo esto ser más ó ménos discutible en lo que á la madre se refiere, la ley del Matrimonio civil, declarando á favor de ésta la patria potestad, ha hecho imposible esta duda.

En defecto del padre y de la madre llama la ley á los abuelos, excluyendo á las abuelas,

«acaso por haberse creído que será más poderoso su cariño que su juício para aconsejar en tan delicado acto.»

Por Derecho romano, la madre no era llamada nunca á prestar su consentimiento; mas cuando el juez estaba encargado de ello, exploraba su juício, como el de los demas parientes.

El Fuero Juzgo proclamó la patria potestad de la madre, con casi tanta amplitud como la correspondiente al padre: «*Si el padre es muerto, la madre puede casar los fiios e las fiias.*»

¿A quién convenía llamar en defecto de los padres?

El Fuero Juzgo llamaba á los hermanos, y en su defecto al tío paterno. La pragmática de 1796 llamaba á los abuelos y demas parientes: la de 1803 llamaba tambien á los abuelos, pero callaba sobre los demas parientes.

El proyecto de Código, despues de la madre llama al tutor con acuerdo del consejo de familia. Sin embargo, como en el art. 182 llama á ser tutores legítimos á los abuelos paterno y materno en primer lugar, con arreglo á dicho proyecto serían tambien los abuelos, en gran número de casos, los llamados á prestar el consentimiento. Unicamente,—observa Goyena,—en el caso (que será raro) de haber tutor testamentario no serían llamados los abuelos, y entónces la preferencia vendrá del padre ó madre que le nombró: ¿y cómo contrariar este juício respetable?

Nuestra ley de 1862, vigente, da la preferencia á las abuelas. En nuestro sentir, su sistema y el del proyecto de Código no discrepan gran cosa, si se atiende al fondo de la cuestion.

Artículo 106.—A falta de la madre y del abuelo paterno y materno, corresponde la facultad de prestar consentimiento para contraer matrimonio al curador testamentario y al juez de primera instancia sucesivamente.

Se considera inhábil al curador para prestar el consentimiento, cuando el matrimonio proyectado lo fuese con pariente suyo dentro del cuarto grado civil.

Tanto el curador como el juez, procederán en union con los parientes más próximos, y cesará la necesidad de obtener su consentimiento, si los que desean contraer matrimonio, cualquiera que sea su sexo, han cumplido la edad de 20 años.

ORÍGENES

Art. 3.° Ley 18 Junio 1862.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Art. 65 Cód. Italia.

COMENTARIO

Señálanse en este artículo cuatro principios: 1.°, que á falta de los designados en los artículos anteriores, corresponda esta facultad al curador testamentario, y al juez en su defecto; 2.°, que tanto el uno como el otro obren en union del consejo de familia; 3.°, que el curador sea inhábil cuando se trate de un matrimonio con pariente suyo dentro del cuarto grado civil, y 4.°, que en estos casos sólo será necesario el consentimiento hasta los 20 años.

Respecto del primer principio sólo diremos, que vino á resolver el problema de si debían ó no ser los parientes colaterales del menor los que habían de aconsejarle á falta de los arriba designados, optando la ley por el curador testamentario, persona interesada en el bien del menor, puesto que ha merecido el nombramiento del padre ó madre; pero asesorado con la junta de parientes, con lo cual se ha procurado suplir con la madurez y solemnidad lo que falte de cariño.

Segun ha declarado la Comision á quien se encargó la redaccion de la ley, por curador testamentario se entiende, no sólo el nombrado por el padre ó madre, sinó tambien el nombrado por los abuelos ó por un extraño que hubiere instituído heredero al menor, ó dejádole manda de importancia.

En cuanto á la inhabilidad del curador expresada en el segundo párrafo del artículo, es una medida prudencial muy digna de tenerse en cuenta.

Tambien nos parece justo que se limite en estos casos la edad en que sea preciso el consentimiento.

Artículo 107.—La junta de parientes de que habla el artículo anterior se compondrá:

Primero. De los ascendientes del menor.

Segundo. De sus hermanos mayores de edad y de los maridos de las hermanas de igual condicion viviendo éstas.

A falta de ascendientes, hermanos y maridos de hermanas, ó cuando sean ménos de tres, se completará la junta hasta el núme-

ro de cuatro vocales con los parientes más allegados varones y mayores de edad, elegidos con igualdad entre las dos líneas, comenzando por la del padre.

En igualdad de grado, serán preferidos los parientes de más edad.

El curador, áun cuando sea pariente, no se computará en el número de los que han de formar la junta.

ORÍGENES

Art. 4.º Ley 18 Junio 1862.

COMENTARIO

El consejo de familia, institucion reconocida en varios Códigos de Europa, adquirió por esta ley carta de naturaleza en España. Este artículo se limita á exponer la composicion del consejo ó junta de parientes, determinando que la constituyan los ascendientes del menor, los hermanos mayores de edad y los maridos de sus hermanas de igual condicion, es decir, los cuñados. Y á falta de unos y otros, ó siendo ménos de tres, se completará la junta hasta cuatro vocales con los parientes mas allegados elegidos con igualdad entre las dos líneas, comenzando por la del padre.

Artículo 108.—La asistencia á la junta de parientes será obligatoria respecto de aquellos que residan en el domicilio del huérfano ó en otro pueblo que no diste más de seis leguas del punto en que haya de celebrarse la misma, y su falta, cuando no tenga causa legítima, será castigada con una multa que no excederá de diez duros.

Los parientes que residan fuera de dicho radio, pero dentro de la Península é islas adyacentes, serán tambien citados, aunque les podrá servir de justa excusa la distancia.

En todo caso, formará parte de la junta el pariente de grado y condicion preferente, aunque no citado, que espontáneamente concurra.

ORÍGENES

Art. 5.º Ley 18 Junio 1862.

COMENTARIO

La facultad de dar consentimiento al menor para que se case, no es sólo un derecho, sinó tambien una obligacion, y obligacion sagrada, de que no deben excusarse los parientes, á ménos de concurrir alguna de las circunstancias que cita el artículo.

La falta á lo preceptuado en este artículo se penará con una multa de diez duros.

Pero como la facultad de asistir á la junta es tambien un derecho reconocido por la ley, el pariente que concurra, no habiendo sido citado, formará parte de ella, si es de los de grado y condicion preferente.

Artículo 109.—A falta de parientes se completará la junta con vecinos honrados, elegidos, siendo posible, entre los que hayan sido amigos de los padres del menor.

ORÍGENES

Art. 6.º Ley 18 Junio 1862.

COMENTARIO

Ha conceptuado la ley de tal gravedad el acto de contraer matrimonio, ha puesto tanto cuidado en corregir los inconvenientes que pudieran nacer de un enlace, impremeditado, ó fatal, que ha buscado entre los parientes, los curadores y jueces garantías contra la inexperiencia; y en último caso acude á los vecinos honrados, imponiéndoles la obligacion de preocuparse un poco por la suerte futura de un semejante, hijo tal vez del amigo de toda la vida. Nada más noble y más santo que el desempeño de las funciones familiares que las leyes imponen en ciertos casos á los ciudadanos; pero entre todas ellas ninguna tan delicada, y por lo mismo ninguna que merezca mayor escrúpulo y cuidado que esta de que nos ocupamos. Pueden faltar y desaparecer padres y parientes, pero siempre quedarán cuatro honrados vecinos que guien los inseguros pasos de un menor, en un terreno que desconoce.

El recurso de la ley tal vez no sea completo; pero no hay otro, y abandonar al huérfano que más que nadie necesita consejos, no nos parece aceptable.

Artículo 110.—La reunion se efectuará dentro de un término breve que se fijará en proporcion á las distancias, y los llamados comparecerán personalmente ó por apoderado especial, que no podrá representar más que á uno solo.

ORÍGENES

Art. 7.° Ley 18 Junio 1862.

Artículo 111.—La junta de parientes será convocada y presidida por el juez de primera instancia del domicilio del huérfano, cuando le toque por la ley prestar el consentimiento: en los demas casos lo será por el juez municipal.

Dichos jueces calificarán las excusas de los parientes; impondrán las multas de que habla el art. 108 (5.° de la ley 18 Junio 1862) y elegirán los vecinos honrados llamados por el art. 109 (6.° de la misma ley).

ORÍGENES

Art. 8.° Ley 18 Junio 1862.

Artículo 112.—Las reclamaciones relativas á la admision, recusacion ó exclusion de algun pariente, se resolverán en acto previo, y sin apelacion, por la misma junta en ausencia de las personas interesadas.

Sólo podrá solicitar la admision el pariente que se crea en grado y condiciones de preferencia. Las recusaciones de los mismos se propondrán únicamente por el curador ó por el menor, y siempre con expresion de motivo.

Cuando de la resolucion de la junta resulte la necesidad de una nueva sesion, se fijará por el presidente el día en que deba celebrarse.

ORÍGENES

Art. 9.° Ley 18 Junio 1862.

Artículo 113.—El curador deberá asistir á la junta y podrá tomar parte en la deliberacion de los parientes respecto á las ventajas ó inconvenientes del enlace proyectado; pero votará con separacion, lo mismo que el juez de primera instancia en su caso.

Cuando el voto del curador ó del juez de primera instancia no concuerde con el de la junta de parientes, prevalecerá el voto favorable al matrimonio. Si resultare empate en la junta presidida por el juez de primera instancia, dirimirá éste la discordia. En la presidida por el juez municipal, dirimirá la discordia el pariente más inmediato, y si hubiere dos en igual grado, ó cuando la junta se componga sólo de vecinos, el de mayor edad.

ORÍGENES

Art. 10 Ley 18 Junio 1862.

Artículo 114.—Las deliberaciones de la junta de parientes, serán absolutamente secretas.

El escribano ó secretario del juzgado intervendrá sólo en las votaciones y extension del acta, la cual deberán firmar todos los concurrentes, y contendrá únicamente la constitucion de la junta y las resoluciones y votos de la misma, y los del curador ó juez en los casos respectivos.

ORÍGENES

Art. 11 Ley 18 Junio 1862.

COMENTARIO

En cuestiones familiares, sobre todo las de esta índole en que pueden lastimarse sentimientos dignos de ser respetados, se ha procurado siempre que las apreciaciones favorables ó desfavorables no adquieran la publicidad que llevaría consigo el resentimiento ó acaso el odio. Por esta razon, el legislador recomienda que las juntas de parientes celebren sus sesiones con el mayor sigilo.

Por esto mismo, tampoco deberán consignarse en las actas las opiniones vertidas por los que formen parte de la junta, sinó únicamente los resultados definitivos de la votacion y los votos del curador ó juez en cada caso.

El principio general marcado por la ley, es que en caso de empate se esté por el voto favorable al matrimonio, salvo el derecho de dirimir la discordia, que compete al juez ó pariente más inmediato en los términos que se expresan en el artículo anterior.

Artículo 115.—Los hijos naturales no necesitan para contraer matrimonio del consentimiento de los abuelos: tampoco de la intervencion de los parientes cuando el curador ó juez sean llamados á darles el permiso.

ORÍGENES

Art. 12 de la misma ley.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 150 Cód. Francia.—66 Italia.

COMENTARIO

En la legislacion romana y patria no se exigía el consentimiento de que habla este artículo, porque consideraban esta facultad por inherente á la patria potestad, y no existiendo ésta, mal podría reconocerse aquélla; mas hoy, el legislador no ha podido ménos de abrazar en su prevision y solicitud á esta clase de hijos ménos favorecida que la de los legítimos, pero á la que es preciso no dejar abandonada.

Segun este artículo, los hijos naturales necesitan para contraer matrimonio del consentimiento del padre en primer lugar; en segundo de la madre; en tercero del curador testamentario, y en cuarto, del juez de primera instancia: estos dos últimos sin intervencion de los parientes.

Se nos ocurre una duda: cuando el curador ó juez hayan de dar su consentimiento, ¿deberán hacerlo con la intervencion de la junta de vecinos honrados?

El artículo que comentamos va separando y eliminando las personas que no han de dar consentimiento ni concurrir para darle, indicando por este medio indirecto quiénes son los que deben concurrir cuando se trate de prestarle.

Parece, pues, que adoptado este procedimiento por el artículo, todos aquellos que no estén excluidos expresamente por el mismo, quedan con la facultad de concurrir al consentimiento.

Así, pues, no habiendo sido eliminada por el legislador la junta de vecinos, es lícito creer que ésta debe concurrir en los mismos casos que concurriría la junta de parientes á que sustituye.

Artículo 116.—Los demas hijos ilegítimos sólo tendrán obligacion de impetrar el consentimiento de la madre; á falta de ésta, el del curador si lo hubiere; y por último, el del juez de primera instancia. En ningun caso se convocará á los parientes.

Los jefes de las casas de expósitos serán considerados para los efectos de esta ley como curadores de los hijos ilegítimos recogidos y educados en ellas.

ORÍGENES

Art. 13 de la misma ley.

COMENTARIO

Existe en todos los Códigos, consignada una diferencia entre el hijo natural y los de las demas clases, diferencia cuyos efectos alcanzan al presente caso; por eso la ley ha tenido que señalarlo así.

En cuanto á los expósitos, el jefe del establecimiento tiene el carácter de curador; por eso le designa la ley en primer lugar, puesto que el padre y la madre son desconocidos.

Artículo 117.—Las personas autorizadas para prestar su consentimiento no necesitan expresar las razones en que se funden para rehusarlo, y contra su disenso no se dará recurso alguno.

ORÍGENES

Art. 14 de la misma ley.

COMENTARIO

La pragmática de 1776, y áun la ley 18, tít. II, lib. III de la Nov. Rec., establecían recursos á los que podía apelar el hijo contra el disenso, llamado, un tanto rudamente, irracional del padre.

El artículo presente, al declarar que no necesitan los parientes ni autoridades expresar en qué se funden para rehusarlo, deroga las leyes anteriores y hace imposible todo recuso contra el disenso paterno.

«El veto absoluto del padre es una muralla de bronce levantada entre la voluntad del hijo y su negativa á autorizar un matrimonio que no merece su aprobacion. Hemos sido los primeros en pedir que la ley enaltezca la autoridad de los padres, concediéndoles un derecho que debe convertirse en bien de los propios hijos: tiene, sin embargo, esa prohibicion los inconvenientes irreparables de todo precepto absoluto y general. Respetos de familia, sentimientos de decoro han de hacernos sentir que no se haya dejado abierta una puerta á la excepcion.

«Aunque en este sentido se levantó más de una voz elocuente en los Parlamentos, la opinion se ha manifestado inflexible; así ha sido su fallo: ésta es, por ahora, nuestra ley. Si tiene incon-

venientes, esperemos á que el tiempo y la experiencia lo declaren» (1).

Por virtud de este artículo, queda derogado todo lo que en leyes anteriores se disponía respecto del disenso paterno. Los menores, pues, no pueden acudir ante ninguna autoridad contra la resolucion del padre ó los que le sustituyan en esta facultad.

Durante mucho tiempo, el precepto legal del consentimiento paterno, como circunstancia necesaria para contraer matrimonio, iba acompañado de una sancion penal, la desheredacion.

Cuando se hizo la ley que comentamos, dudóse si habría de continuar la desheredacion como pena de la rebeldía del hijo, y así se estimó por el Congreso despues de una discusion amplia é ilustradísima. El Senado, en nuestro concepto con más acierto, opinó de una manera contraria, y el artículo con tal objeto redactado en el Congreso, quedó borrado de la ley.

Esto no obstante, la ley no queda sin sancion. El art. 489 del Código penal impone la pena de prision correccional en sus grados mínimo y medio al que contrajere matrimonio sin haber obtenido previamente el consentimiento de los llamados á prestarlo. Pena de que serán indultados los culpables así que obtengan la aprobacion del matrimonio ya contraído.

¿Es esta pena más atinada que la de desheredacion?

¿Cuál de ellas está más en armonía con la naturaleza de la injuria inferida? Cuestion es ésta sobre la que han discutido los autores, y que á nosotros no nos toca dilucidar.

Artículo 118.—Los hijos legítimos mayores de 23 años y las hijas mayores de 20, pedirán consejo para contraer matrimonio á sus padres ó abuelos por el órden prefijado en los artículos 104 y 105 (1.° y 2.° de la ley).

Si no fuere el consejo favorable, no podrán casarse hasta despues de trascurridos tres meses desde la fecha en que lo pidieron.

La peticion del consejo se acreditará por declaracion del que hubiere de prestarlo, ante notario público ó eclesiástico, ó bien ante el juez municipal, previo requerimiento y en comparecencia personal.

Los hijos que contravinieren á las disposiciones del presente artículo, incurrirán en la pena marcada en el 489 del Código penal, y el párroco que autorizare tal matrimonio en la de arresto menor.

ORÍGENES

Art. 15 de la misma ley.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Art. 151 Cód. Francia.

COMENTARIO

No podía pasarse del veto absoluto á la absoluta libertad: el respeto á los padres, por otro lado, impone en el buen hijo el deber de escuchar sus palabras, inspiradas en el amor y en la experiencia. Por esto, la ley, á semejanza de la pragmática de 1776, instituye el consejo para cuando el consentimiento termina.

Nada nos parece tan natural; mas para que la gradacion fuere completa, nos agradaría ver fijado un término, pasado el cual, el consejo fuera meramente una obligacion de cortesía y respeto no consignada en la ley.

Consecuencia del precepto legal es la sancion que en el mismo artículo se determina. Si el veto del padre no había de producir resultado ninguno práctico, y sí solamente el moral de todo consejo, no necesitaba el legislador haberlo consignado. El legislador ha creido que aplazar tres meses el matrimonio, daba lugar á madura reflexion por parte del hijo, sin ser tampoco un tiempo excesivo.

La peticion del consejo se acredita por declaracion hecha ante notario público. Las evasivas del padre no producirán otro efecto que el de la negativa, ni, por consiguiente, servirán de medio para prorogar indirectamente el plazo marcado por la ley.

(1) Gutierrez, *Códigos*, lib. I, cap. II, art. 3.°

CAPÍTULO II

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

SECCION PRIMERA

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE MARIDO Y MUJER

Artículo 119.—Los cónyuges están obligados á guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 7.ª, tít. II, Partida 4.ª
Art. 44 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 212 y 214 Cód. Francia.—201 y 203 Nápoles.—125 y 127 Sardo.—114 Vaud.—158 Holanda. —121 y 123 Luisiana.—Novela CXVII, cap. VIII.

JURISPRUDENCIA

La renuncia hecha por la mujer de los alimentos presentes y futuros es ineficaz (Sent. 9 Mayo 1870).

COMENTARIO

Este precepto emana directamente de la naturaleza misma del matrimonio.

La fidelidad, condicion primera que se fija en el artículo, ha sido eternamente consagrada por las leyes. Sin esa obligacion no se concebiría el matrimonio; sin su cumplimiento la paz de las familias es insostenible. Heridos profundamente los nobles sentimientos que la dieron orígen, sobreviene inmediatamente el odio y la desesperacion, y consigo el crímen algunas veces, la infelicidad siempre.

Diciendo el artículo *mutuamente*, parece indicar que es de la misma entidad y fuerza la obligacion del marido que la de la mujer.

Discuten los moralistas y jurisconsultos sobre la diversa trascendencia de ambas faltas. Nosotros, sin entrar en el exámen de la cuestion, solamente haremos constar que la fidelidad impuesta por igual á ambos cónyuges obliga, sin embargo, desigualmente, como puede verse en los arts. 448 y 452 del Código penal.

Socorrerse: con esta sola palabra reasume el legislador la totalidad de deberes y relaciones que han de existir entre los cónyuges. Socorrerse no es solamente dar el alimento, el albergue y el vestido. El matrimonio crea lazos de union, tan fuertes en la prosperidad como en la desgracia: por ellos los goces y las penalidades se comparten. Claro es que todo este cúmulo de mutuos deberes no son exigibles ante los tribunales.

Tambien la obligacion de socorrerse es mutua, de manera que por ella la mujer tendrá obligacion de alimentar al marido, como éste la tiene de alimentar á aquélla.

El art. 128 Sardo dice: «La mujer debe mantener á su marido cuando éste no puede ocurrir á ello por sí mismo.»

Artículo 120.—El marido debe tener en su compañía y proteger á su mujer.

Administrará tambien sus bienes, excepto aquellos cuya administracion corresponda á la misma por la ley, y estará facultado para representarla en juicio, salvo los casos en que ésta pueda hacerlo por sí misma con arreglo á derecho, y para darle licencia para celebrar los contratos y los actos que la sean favorables.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít.II, Partida 3.ª
Art. 45 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1421, 1428 y 1549 Cód.

Francia.—1362, 1396 y 1399 Nápoles.—160 y 179 Holanda.—1510 Sardo.—1061 Vaud.—2372 Luisiana.—Ley 8.ª, tít. XV, lib V, Cód.

JURISPRUDENCIA

Sent. 7 Enero 1868.

COMENTARIO

No trata este artículo de la obligacion que la mujer tiene de seguir á su marido, de esto hablaremos despues, art. 123, sinó de la obligacion del marido de tener en su compañía y proteger á su mujer.

¿Puede la mujer, de acuerdo con su marido, renunciar á este artículo? Es principio supremo en lo que al matrimonio se refiere, que todo aquello que toca más ó ménos directamente á la naturaleza y fines del mismo, no puede ser modificado por pactos ni condiciones. La separacion de domicilio es evidentemente contraria, no sólo al fin mediato de la union conyugal, sinó al inmediato de la procreacion; en este sentido jamas ha podido el legislador tener por válidas las separaciones convencionales. Son un recurso á que se apela en momentos dados; pero cuyas consecuencias son siempre más funestas que el mal mismo que se intenta curar.

Despues de esto señala la ley los derechos del marido. No era posible que en la familia hubiera dos cabezas, dos jefes absolutos, cuyos mandatos tuvieran que ser obedecidos. No era tampoco conveniente que para la administracion de los bienes hubieran de concurrir siempre juntos los cónyuges.

El deseo del legislador ha sido y es, que marido y mujer, de comun acuerdo, concierten y realicen todo lo que al bien y fin del matrimonio se refiere. Cuando esto suceda, cualquiera de los cónyuges podría llevar á cabo este acuerdo: la ley elige al marido por ser el más fuerte.

Pero esto no siempre se logra; las opiniones de marido y mujer pueden ser encontradas; ¿quién decide? La ley elige para este caso al marido, porque representa la inteligencia y la actividad.

Por otra parte, la relacion que por la ley existe entre marido y mujer depende del amparo y proteccion que ha de dispensar el fuerte al débil, el experimentado al inexperto.

Respecto á las facultades que conserva la mujer y á la licencia para verificar ciertos actos, hablaremos más adelante.

Artículo 121.—El marido menor de diez y ocho años no podrá sin embargo ejercer los derechos expresados en el párrafo anterior, ni tampoco administrará sus propios bienes sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, del de su madre, y á falta de ambos, sin la competente autorizacion judicial, que se le concederá en la forma y en los casos prescritos en la ley de Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Art. 46 Ley Matr. civ.
Ley 7.ª, tít. II, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Véanse las del artículo anterior.

COMENTARIO

Porque en todo se ayude á la multiplicacion y á la felicidad y frecuencia del estado de matrimonio por donde se consigue: ordenamos y mandamos...... y si se casare ántes de diez y ocho años pueda administrar (en entrando en los diez y ocho) su hacienda y la de su muger, si fuere menor, sin tener necesidad de venia.... decía la pragmática de 11 Febrero 1623.

La ley del Matrimonio civil ha variado un tanto el precepto consignado en la pragmática.

Dice ésta y *si se casare ántes de* 18 *años*, con lo cual parece que casándose á los 18 años ya cumplidos ó despues, no se adquirían los beneficios de la ley, distincion inmotivada é injusta que desaparece con la ley del Matrimonio civil.

¿Gozará el marido de 18 años, del beneficio de restitucion *in integrum?* La declaracion de la ley no llega á adelantar la mayoría de edad, sinó que solamente confiere una facultad que supone un beneficio, y que por lo tanto no ha de traer consigo un perjuicio mayor, como lo sería indudablemente el entender que por este sólo hecho quedaba despojado de la restitucion *in integrum*.

Si el marido fuese menor de 18 años, necesitará del consentimiento de su padre ó de las demas personas que enumera el artículo.

¿Podrá el marido administrar (siendo de 18 años) los bienes de su mujer mayor de edad? La pragmática ántes citada decía: «y la de su muger *si fuere menor*», con lo cual quedaba exceptuado el caso en que fuere mayor de edad. La ley del Matrimonio no hace esta distincion.

En caso de ser la mujer menor de edad, ¿necesitará curador cuando se trate de administrar los bienes cuya administracion le corresponde por la ley? En nuestro sentir le basta con la asistencia de su marido que es más que curador. Lo mismo decimos de la mujer casada menor que haya de administrar, y ejercitar derechos de patria potestad provenientes de un matrimonio anterior; en nuestro concepto, ejercitará todos estos derechos con asistencia de su marido y sin necesidad de que éste sea nombrado curador de su mujer, como se ha pretendido en algun Juzgado de Madrid.

Artículo 122.—Tampoco podrá ejercer las expresadas facultades el marido que esté separado de su mujer por sentencia firme de divorcio, que se halle ausente en ignorado paradero ó que esté sometido á la pena de interdiccion civil.

ORÍGENES

Art. 47 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

El divorcio, que si bien no rompe el vínculo matrimonial, separa la habitacion y desliga á los casados de un gran número de relaciones que entre ambos existieran, produce tambien el efecto de arrancar al marido la representacion de su mujer, junto con la administracion de los bienes que á ella pertenecen, y todas las demas facultades que comprende el poder marital. En su lugar oportuno desenvolveremos esta doctrina.

La ausencia impone, como una necesidad imperiosa, que el marido deje de ejercer momentáneamente sus derechos. Lo contrario sería físicamente imposible: ¿cómo ha de representar á su mujer en juicio, cómo ha de tenerla en su compañía si está ausente en ignorado paradero?

En cuanto á la interdiccion, éste es uno de los efectos de dicha pena (Véase art. 43 del Código penal).

Artículo 123.—La mujer debe obedecer á su marido, vivir en su compañía, y seguirle donde éste traslade su domicilio ó residencia.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán, con conocimiento de causa, eximirla de esta obligacion cuando el marido traslade su residencia al extranjero.

ORÍGENES

Art. 48 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 214 Cód. Francia.—303 Nápoles.—127 Sardo.—116 Vaud.—161 Holanda.—133 Luisiana.

JURISPRUDENCIA

Sent. 7 Enero 1868.

COMENTARIO

Es doctrina comunmente aceptada por los autores, que el matrimonio produce inmediatamente dos efectos respecto de la mujer: 1.°, salir del poder paterno; 2.°, entrar en la potestad marital.

El resultado de esto es la obediencia que la mujer debe al marido, y la proteccion que éste debe dispensar á aquélla, lo cual no es sólo producto de la ley, sinó de su diferente complexion. Han de tener un mismo domicilio: sin esta unidad no concebimos el matrimonio. Es tan esencial la unidad de domicilio, que el legislador no ha creído redundancia repetir el precepto en dos artículos. En uno señalando la obligacion del marido; en otro consignando la de la mujer.

Pero ¿debe la mujer seguir siempre el domicilio del marido? ¿Puede esta obligacion modificarse por un pacto? No se trata ya de un pacto que establezca la separacion de los cónyuges, de que ántes hemos hablado, sinó de un pacto en virtud del cual se comprometa el marido á vivir siempre, ó durante cierto tiempo, en un lugar determinado. Algunos autores pretenden que semejante pacto es válido. Para obtener esta consecuencia dividen las facultades del marido en fundamentales y accidentales, y así como sería nulo el pacto de no hacer vida comun, porque toca á las facultades fundamentales de marido, sería válido el de residir en determinado lugar, porque esto sólo hace relacion á las accidentales. Nosotros no admitimos semejante clasificacion, y áun admitiéndola no creemos que este pacto pueda colocarse en tal lugar; es más, no creemos que las reclamaciones de la mujer, hechas con el apoyo de un pacto de esa naturaleza, fueran atendidas por los tribunales.

Hay, sin embargo, casos en que la mujer no ha de seguir al marido, como es, por ejemplo,

si el marido es condenado á presidio. Lo contrario sería una injusticia, pues no hay principio ninguno que pueda invocarse para que la mujer sufra la condena impuesta exclusivamente al marido.

Los tribunales,— dice el artículo, — podrán, con conocimiento de causa, eximirla de esta obligacion cuando el marido traslade su residencia al extranjero.

Antes de esta ley, cuando el marido iba á Ultramar, la mujer estaba dispensada de seguirle. Razones de alta conveniencia política han inducido al legislador á borrar esta excepcion, que en el fondo tenía mucho de razonable.

¿Podrán los tribunales eximir á la mujer de esta obligacion, cuando ésta pruebe suficientemente que el domicilio que ocupa el marido es fatal para su salud? No creemos que el caso se presente con facilidad; pero áun cuando acaeciera alguna vez, la ley no admite esta excepcion.

Segun opinion muy admitida, si la mujer se negare obstinadamente, y sin razon alguna suficiente, á seguir el domicilio del marido, perderá el derecho á los alimentos y los demas beneficios de la sociedad conyugal.

Artículo 124.—La mujer no puede administrar sus bienes ni los de su marido, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni adquirir por testamento ó abintestato sin licencia de su marido, á no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriban.

Tampoco puede la mujer sin licencia de su marido repudiar una herencia, ni hacer cuasi-contrato.

ORÍGENES

Ley 11, tit. I, lib. X, Nov. Rec. (55 de Toro).
Ley 10, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (54 de Toro).
Art. 49 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 215 y 117 Cód. Francia.—204 Nápoles.—165 y 119 Vaud.—124 y 125 Luisiana.—188 Prusia.—25 Baviera.

JURISPRUDENCIA

Sent. 24 Setiembre 1861.
Sent. 3 Junio 1865.
Sent. 12 Junio 1863.
Sent. 20 Noviembre 1867.

La mujer casada menor de edad, no puede contratar, ni áun estando autorizada por licencia de su marido (Sent. 18 Setiembre 1864).

COMENTARIO

La muger durante el matrimonio, sin licencia de su marido como no puede facer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar ni se desistir de ningun contrato que á ella toque, ni dar por quito á nadie del, ni pueda facer casi contrato, ni estar en juicio faciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido: y si estoviere por si ó por su procurador mandamos que no vala lo que ficiere, dice la ley 55 de Toro, y ya la 54 habia consignado *que la muger durante el matrimonio no pueda sin la licencia del marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento ni abintestato: pero premitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia cualquier herencia extestamento e abintestato con beneficio de inventario y no de otra manera.*

Este artículo, con las modificaciones que se establecen en los sucesivos, reasume toda la doctrina vigente sobre la capacidad jurídica de la mujer casada.

La primera duda á que puede dar lugar el artículo de la ley del Matr. civil es la siguiente: ¿puede la mujer sin licencia de su marido repudiar una herencia, ó lo que es lo mismo, la ley del Matrimonio ha derogado las leyes de Toro en este punto? La afirmativa y la negativa cuentan con poderosas razones. Dirán los partidarios de la afirmativa: el artículo va enumerando una por una todas aquellas cosas que son vedadas á la mujer, que ésta no puede hacer sin licencia marital, y nada dice respecto á la repudiacion de la herencia (de que sí hablaba la ley de Toro). Parece, pues, que al omitir la ley esta limitacion de la capacidad de la mujer, debe entenderse que no existe. La ley del Matrimonio civil, al enumerar qué cosas no puede hacer la mujer casada, ha querido circunscribirlas de manera que no se admitieran más que las allí enumeradas, quitando por consiguiente su valor á las disposiciones de leyes anteriores. Si supusiéramos que el legislador ha querido dejar vigentes todas las limitaciones, ¿qué objeto se ha llevado al repetir unas y callar sobre otras? ¿no hubiese sido preferible que las hubiese callado todas? ¿no hubiese adoptado entónces una cláusula general que á todas abrazase? Las ha enumerado una á una; luego aque-

llas solamente que enumera son las que deben tenerse presentes. Ademas, en el artículo se determina una limitacion, una especie de *capitis diminutio*, por consiguiente, debe entenderse tal como está escrito sin ampliar ni un solo punto el precepto legal, que es regla general de interpretacion encerrar en los más estrechos límites todo aquello que coarta, que restringe, que priva de derechos ó facultades.

Por el contrario, los que opten por la negativa y crean que la mujer no puede repudiar la herencia, dirán que el sistema general de organizacion de la familia, supone un jefe, el marido, autorizando todos los actos jurídicos que puedan influír en la situacion de la familia. Que el principio que sirve de base á las leyes, es que nada vale sin la intervencion del marido, y por lo tanto, que no estando exceptuado particularmente el caso de repudio de la herencia, como lo están otros, debe entenderse que en este punto rigen las reglas generales en la materia, es decir, la necesaria intervencion del marido.

Por otra parte, en el artículo siguiente se dice: «Los actos de esta especie que la mujer ejecutare serán nulos:» ¿se refiere sólo á los actos allí enumerados? Parece que no, sinó que se extiende á todos los *demas de la misma especie.* La exposicion de motivos de la ley, parece optar indirectamente por el último extremo, pues dice: «*Los actos jurídicos* que la mujer celebre sin la autorizacion de su marido ó la judicial en su defecto, habrán de ser nulos para que sus consecuencias no perjudiquen al que de ellas debe ser responsable.»

¿Qué valor tienen los cuasi-contratos que se refieran á la mujer? El artículo sólo habla de contratos; calla por completo de los cuasi-contratos; por consiguiente, ¿está ó no derogada por ésta la ley de Toro?

La ley que comentamos no es más que la corroboracion de la ley taurina, no sólo de lo que de ella copia, sinó tambien en lo que omite, y por consiguiente, la mujer no puede otorgar cuasi-contratos.

Debe, sin embargo, tenerse presente la opinion de Pothier que dice: *las mujeres que están bajo el poder de los maridos, pueden por este estilo verse obligadas en favor de otro y obligar á otro en su favor sin la previa autorizacion de los maridos, porque la ley que les prohibe obligarse ni hacer nada sin esta autorizacion, no puede hacer más que anular cuanto ellas comprendan sin el consentimiento de los maridos, no empero anula ni puede anular las obligaciones formadas sin la menor intervencion de su parte.*

A nuestro entender, tiene razon Pothier, y existe una razon muy poderosa para esto. En el cuasi-contrato existe consentimiento por una parte, mas por la otra se presume áun cuando no exista por equidad, de tal manera que la ley no admite lo contrario: pues bien, ¿no milita la misma razon y la misma equidad para que se presuma, no ya el consentimiento de la mujer, sinó el del marido? y esto áun cuando se ignore, es más, ¿áun cuando el marido diga lo contrario? Parécenos que si la teoría de cuasi-contratos ha de ser perfecta, la presuncion de consentimiento debe referirse no sólo al inmediatamente favorecido por el cuasi-contrato, sinó tambien al que supla ó complete su consentimiento con arreglo á las demas leyes.

Prohibe la ley á la mujer casada que pueda *contratar:* ¿podrá hacer una donacion *mortis causa*? Por la afirmativa opinó Matienzo y en contra Gomez y Covarrubias. Llamas, colocándose en un punto medio, supone que será mala la donacion si hay entrega de presente, pero que valdrá si la entrega ha de verificarse despues de la muerte.

¿Será válido el contrato hecho por la mujer si le es útil? Gomez resuelve que es válido, fundándose en el ejemplo del menor, cuyo contrato es válido y subsistente aunque lo haya celebrado sin la autoridad del tutor, si le es provechoso; ademas, siendo el objeto de la ley que el marido no sufra perjuício, parece que debe cesar la disposicion de la ley cuando notoriamente es útil el contrato.

Otra duda ha promovido grandes cuestiones entre los comentaristas; es á saber: si para contratar la mujer con su marido será necesaria la licencia de éste. Gomez y Matienzo resuelven que no. Avendaño y Acevedo opinan por que en tal caso se pida el permiso judicial. Lopez se inclina á creer que no basta la licencia del marido, porque la interpone en un acto propio. Llamas dice que la necesidad de la licencia del marido se halla establecida á favor del mismo, y de ningun modo como remedio á la fragilidad de la mujer, puesto que puede contratar siendo soltera; por consiguiente debe suponerse que el marido que contrata con su mujer renuncia al beneficio de la ley. Supongamos,—añade,—que el contrato favorece al marido; el contrato es válido porque se cumple el deseo de la ley: si por el contrario le perjudica, el contrato es

igualmente válido, pues que entónces ha renunciado al favor que la ley le concedía. Gutierrez se inclina á negar á los cónyuges la facultad de contratar, fundándose en que el objeto de la ley es que no sea engañada la mujer.

El contrato celebrado por la mujer sin licencia matrimonial, y por tanto nulo, ¿se hará válido á la muerte del marido? Acaso pudiera establecerse en este punto la distincion entre actos útiles y no útiles de que ántes hemos hablado; sin embargo, al conferir la ley únicamente al marido y sus herederos el derecho á reclamar la nulidad de estos actos, es indudable que si hicieren uso de esta facultad el acto sería nulo.

Otra de las prohibiciones que señala la ley, es la de no comparecer en juício, perfectamente en armonía con la naturaleza del acto.

Pero, ¿y si la mujer comparece en juício? La ley de Toro dice en este caso: «mandamos que no vala lo que ficiere».

En el artículo siguiente se desenvuelve esta doctrina.

Cuando se trate de un juício criminal, la mujer no necesitará licencia de su marido para defenderse siendo acusada, pero sí cuando sea parte acusadora.

Tampoco sería racional exigir esta licencia cuando se trate de la mujer que litiga con su marido.

¿Podrá la mujer separarse del contrato celebrado ó absolver al que con ella contrató? En nuestro sentir, esto no es posible.

Si la mujer no puede hacer, tampoco puede deshacer lo hecho; por eso en un artículo posterior se dice, que solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los contratos celebrados por la mujer.

¿Podrá la mujer que se ha presentado en juício sin licencia del marido, separarse sin su permiso? La cuestion puede ser de gravedad, porque separándose la mujer de un litigio ya comenzado, pueden resultar graves complicaciones, por ejemplo, si abandona la prueba.

¿Podrá el marido demandar y responder en juício sobre cosas de la mujer contra la voluntad de ésta?

Sí,—responde el autor de las *Concordancias*,—porque la mujer tiene el concepto de menor de edad: porque el marido es *como* su curador, el jefe de la sociedad, el responsable por la ley á la mujer y á sus herederos.

Dice el artículo: «á no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriban», por manera que es preciso tener presentes estos casos y limitaciones y formalidades cuando se trate de declarar la nulidad de alguno de aquellos actos.

De alguno de ellos se habla en los artículos sucesivos, de otros en que la mujer puede administrar los bienes dotales y áun los del matrimonio, hablaremos en el lib. III de este Código, tít. VI, cap. V.

Allí tienen asimismo explicacion las formalidades y limitaciones á que alude la ley.

Artículo 125.—Los actos de esta especie que la mujer ejecutare, serán nulos y no producirán obligacion ni accion si no fueren ratificados expresa ó tácitamente por el marido.

ORÍGENES

Ley 14, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Ley 58 de Toro).

Art. 50 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Comentando las leyes de Toro, propusieron algunos autores la duda de si la condicion de nulidad alcanzaba á los contratos celebrados por la mujer, ó solamente se referían á los actos que ésta verificaba en juício por sí ó por medio de procurador.

La ley del Matrimonio civil ha resuelto esta duda, declarando la nulidad de todos los actos que se enumeran en el artículo anterior. Y era lo racional. Prohibir á la mujer contratar y no declarar nulos los contratos que sin licencia celebre, no tendría razon de ser.

Verdaderamente era éste el lugar más á propósito para tratar de los efectos de los actos verificados por la mujer sin la licencia marital.

Pero ya hemos dicho algo sobre este punto en el artículo anterior. A él nos referimos, pues, para omitir repeticiones.

¿Qué valor tendrá la sentencia obtenida por la mujer que litigó sin licencia de su marido?

Llamas dice, que es válida y subsistente la sentencia, aunque la mujer litigase sin licencia de su marido, conforme á la ley 14, tít. XIII, lib. II, C., donde el Emperador Gordiano declara que la sentencia dada á favor de una menor que había litigado sin curador era válida, y da una razon muy adaptable á nuestro propósito: «*Minoribus enim ætas, in damnis, subve-*

nire non in rebus prospere gestis obesse consuevit.»

Esta misma resolucion pudiera tener aplicacion á otros casos análogos, de alguno de los cuales hablamos en otro lugar.

Sin embargo, la ley parece inflexible declarando de una manera general y terminante, que estos actos son nulos, y por tanto, que sus efectos no pueden tenerse presentes para nada, admitiendo solamente un corto número de excepciones que señala despues.

Otra duda nos ocurre: ¿la demanda interpuesta por la mujer casada sin licencia de su marido, ¿surtirá el efecto de interrumpir la prescripcion?

Los que piensan que el acto ó contrato ventajoso celebrado por la mujer no adquiere valor por esta sola circunstancia (Posadilla, Gutierrez), sostendrán que por este acto de la mujer no podrá interrumpirse la prescripcion. Al contrario, los que creen que el acto ó contrato ventajoso y útil es válido, verán en la demanda interpuesta por la mujer uno de estos actos que deben convalecer.

La ley no ha querido cerrar la puerta para que se lastimasen é hicieren válidos actos que en su orígen no tenian valor alguno. Por eso la licencia del marido se suple con la ratificacion del mismo.

La ratificacion puede ser expresa ó tácita. Parécenos que ésta es la que se presume desde el momento en que el marido tiene conocimiento del acto ó contrato, y no entabla la oportuna reclamacion.

¿Pero esta reclamacion habrá de ser en seguida ó algun tiempo despues? ¿y cuánto tiempo? ¿y en qué forma, judicial ó extrajudicialmente?

Artículo 126.—Será válida, no obstante, la aceptacion de herencia hecha por la mujer á beneficio de inventario *(a)*. Asimismo será válida la compra que al contado hiciere de cosas muebles, y la que hiciere al fiado de las que por su naturaleza están destinadas al consumo ordinario de la familia, y no consistieren en joyas, vestidos y muebles preciosos, por más que no hubieren sido hechos con licencia expresa del marido.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consolidará la compra hecha por la mujer al fiado, de joyas, vestidos y muebles preciosos, desde el momento en que hubieren sido empleadas en el uso de la mujer ó de la familia, con conocimiento y sin reclamacion del marido *(b)*.

ORÍGENES

(a) Ley 10, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (L. 54 de Toro).

(b) Art. 51 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 164 Cód. Holanda.—321 lib. I, parte 2.ª Prusia.

COMENTARIO

La ley del Matrimonio civil deja, á nuestro entender, vigente la de Toro, en cuanto á la aceptacion de la herencia á beneficio de inventario. Este, pues, es uno de los casos, y la formalidad del inventario una de las formalidades á que hace relacion uno de los artículos anteriores. (Art. 124.)

La mujer, por consiguiente, no necesita licencia de su marido para aceptar una herencia con el beneficio de inventario. Pero ¿y si sucediera que la mujer aceptase la herencia sin beneficio de inventario? ¿Será nula la aceptacion? ¿Se entenderá hecha con el beneficio de inventario? De no ser así, ¿qué bienes quedarán afectos al pago de acreedores? ¿Los dotales ó los del matrimonio?

Desde el momento en que el legislador ha dicho «á no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones de la ley,» y al señalarse en otra, que solamente puede aceptar la herencia á beneficio de inventario, parece evidente que toda aceptacion en otra forma no surtirá mayores efectos. Si la mujer aceptó, es claro que aceptó como pudo y como la ley le permite: con la aceptacion demostró que quería usar de la facultad que le da la ley, pero no de una mayor.

En cuanto á los contratos válidos celebrados por la mujer, y de los que se habla en este artículo, la mayor parte de los Códigos dejan ancho campo al discreto arbitrio del juez, para que, pesando todas las circunstancias del caso y las de las personas ó familias, declare válida ó nula la obligacion. En estos casos,—dice Goyena,—parece que las mujeres obran por delegacion ó autorizacion expresa ó tácita de los maridos, que no pueden ó no quieren correr por sí mismos con el gobierno doméstico. De otra manera el régimen doméstico sería imposible.

Con un tacto verdaderamente exquisito se ha resuelto esta cuestion en la ley. La mujer puede hacer todo aquello que ordinariamente cae bajo la esfera de sus atribuciones domésticas; pero tiene un freno al despilfarro y al lujo, que tan fatales consecuencias produce y amenaza producir en nuestra sociedad: freno que desaparece cuando no es necesario, esto es, cuando el marido lo consiente y autoriza de una manera expresa ó tácita.

Artículo 127.—Tampoco podrá la mujer publicar escritos, ni obras científicas ni literarias de que fuere autora ó traductora, sin licencia de su marido, ó en su defecto sin autorizacion judicial competente.

ORÍGENES

Art. 52 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Los perjuicios que inmediatamente podrán inferirse á la familia de permanecer la mujer alejada de aquello que tiene más analogía con sus sentimientos y modo de ser, y que por lo mismo se ha encomendado á su cuidado y direccion, ha sido el motivo que inspiró este artículo.

Reconociendo que no deben esterilizarse, ántes bien, que deben fomentarse cuanto sea posible las disposiciones naturales de la mujer para las ciencias, las artes ó la literatura, no debía dejarse tan libre el camino, tratándose de la mujer casada, que pueda abandonar otras ocupaciones de superior importancia en el hogar, sin que por eso se cierren del todo para la mujer las puertas de la ilustracion y de la publicidad, y la ley lo ha encontrado exigiendo el consentimiento marital sustituible, con la autorizacion judicial competente en su caso, con lo cual quedan perfectamente armonizados ambos intereses, porque una condicion fácil de cumplir no es un impedimento, segun expresa Gutierrez.

Artículo 128.—La licencia de que se habla en los artículos anteriores, podrá ser general y producirá el efecto de hacer válido todo lo que la mujer hiciere en virtud de la misma (*a*).

El juez, mediando causa legítima, podrá compeler al marido para que dé licencia á su mujer, ú otorgarla él mismo si aquél se negase á concederla.

Tambien proveerá el juez de la correspondiente licencia á la mujer, mediando causa legítima, cuando el marido se halle ausente y no se espere su próximo regreso (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Leyes 12 y 14, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (Leyes 56 y 58 de Toro).

(*b*). Leyes 13 y 15, tít. I, lib. X, Nov. Rec. (57 y 59 de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 218 y siguientes Cód. Francia. — 207 Nápoles. — 127 Luisiana. —167 Holanda.

JURISPRUDENCIA

Sent. 12 Mayo 1866.

Sent. 14 Noviembre 1868.

Si á pesar de la prohibicion que tiene la mujer de comparecer en juicio, compareciere, se subsanará la falta con la licencia del juez (Sentencia 11 Noviembre 1861).

COMENTARIO

El marido que tiene una facultad sobre su mujer, puede en determinados casos prescindir de su derecho dando á la mujer licencia para verificar todo aquello que no puede practicar sin permiso del marido. ¿Este poder ha de ser general ó especial? Antes de la ley de Toro cabía duda sobre este punto: despues la duda es imposible. El marido puede otorgar licencia general.

Excusado será añadir que el marido no puede dar licencia para más actos que los que la mujer podría verificar con arreglo á la ley y sin que por aquella licencia puedan derogarse las disposiciones de ésta. Así, por ejemplo, estando prohibida en absoluto la enajenacion de la dote, de nada servirá para este objeto la licencia del marido.

Véanse sobre este punto á Cifuentes, Acevedo, núm. 6, y Gomez, núm. 57 de la ley 53 de Toro.

Del mismo modo, estando terminantemente prohibido por la ley 2.ª, tít. XII, Partida 5.ª, que la mujer sea fiadora, no podrá serlo áun cuando su marido la dé autorizacion general ó siquiera especial para ese caso, porque el marido no puede otorgarle una facultad de que carece áun estando soltera.

Negándose el marido á dar licencia á su mu-

jer para hacer lo que se le prohibe en las leyes, quiere la presente que el juez reciba informacion sobre la utilidad de la mujer y fundamentos de la negativa del marido, y resultando que la causa alegada por la mujer es legítima y necesaria, proceda á compeler al marido para que preste su consentimiento, y resistiéndose á darlo, lo supla el juez por su parte.

¿De qué modo se compelerá al marido para que otorgue el permiso? La ley no lo dice.

Matienzo (glosa 2.ª) dice que el juez deberá apremiar al marido por multa pecuniaria ó por cárcel.

En nuestro sentir bastará una simple excitacion, no atendida la cual habilitará el juez á la mujer de la competente licencia.

Lo mismo que acaece cuando el marido se niega sin motivo, debe hacerse cuando esté ausente y no *se espera de próximo venir*, pudiendo en este caso darse por el juez la licencia de que dejamos hecho mérito.

Tanto la licencia del marido como la otorgada por el juez en su caso, inútil es decir que dan por resultado hacer válidos los actos que la mujer verifique con arreglo á ella.

Artículo 129.—La mujer no puede ser fiadora de su marido, áun cuando la fianza se convierta en su utilidad. Las obligaciones mancomunadas de marido y mujer no producirán efecto respecto de ésta, más que en la parte que se hubiere convertido en utilidad de la misma.

No se entenderá la obligacion, ni parte de ella, convertida en utilidad de la mujer, cuando sólo hubiere servido para proporcionarla aquellas cosas que el marido deba darla necesariamente.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XI, lib. X, Nov. Rec. (ley 61 de Toro).

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Enero 1857.
Sent. 11 Octubre 1859.
Sent. 10 Octubre 1861.
Sent. 3 Febrero 1865.

COMENTARIO

Esta ley, que es la 61 de Toro, contiene dos partes: 1.ª, que se refiere á la fianza; 2.ª, á los contratos mancomunados de marido y mujer. Esta segunda parte á la vez se subdivide en otras tres: 1.ª, una regla; 2.ª, una excepcion; 3.ª, una declaracion.

Algunos autores, entre ellos Matienzo, fundándose en el axioma de que donde se encuentra la misma razon debe ser igual ó semejante la disposicion, han pretendido hallar el medio de demostrar que la primera y la segunda parte de la ley establecen la misma regla, y por consiguiente, que así las obligaciones mancomunadas, como la fianza de la mujer, valen en la parte que se hubiere convertido en su utilidad.

Matienzo (ley 9.ª, tít. III, lib. V, glosa 2.ª, núm. 3, Rec.) afirmó esta unidad en ambas partes de la ley. Funda su opinion en que la ley de Toro dice «aunque se diga y alegue» que se convirtió la fianza en utilidad de la mujer,» con lo cual él entiende que no quiso comprenderse el caso de que *se probare* esa utilidad, y por lo tanto, que en este caso, probándose la utilidad, valdría la fianza del mismo modo que el contrato á mancomun.

Lo mismo dijeron Acevedo y Palacios Rubios. ¿Por qué si un contrato mancomunado es válido siendo útil, no lo es tambien la fianza de la cual puede la mujer igualmente reportar utilidad?

Llamas, por el contrario, halla injustificada la distincion pretendida por Matienzo y los de su opinion. Al decirse en la ley *diga* y *alegue*, ha querido expresarse que *se pruebe;* la simple alegacion es siempre infecunda; por consiguiente, en su sentir, tanto valdría como haber consignado en la ley que áun cuando se justifique la utilidad, la fianza no es válida. Ademas, añade, la regla de que donde milita igual razon debe militar la misma disposicion de derecho, sólo tiene lugar cuando en uno de los extremos de la comparacion no hay resolucion expresa, en cuyo caso se le aplica la del otro que la tiene, por presumirse que la razon es igual, lo que en manera alguna puede acomodarse al caso de que se trata, pues tanto en un extremo como en otro de ella, explica nuestra ley la resolucion que ha querido rigiese en cada uno; por consiguiente, no es aplicable el axioma ántes citado, porque en realidad no vendría á ser otra cosa que derogar la disposicion expresa de la ley en la parte que ordena que no puede la mujer ser fiadora del marido.

«Sea,—dice Gutierrez,—que la fianza atribuya al fiador cierta superioridad, sea que repugne el que la mujer garantice los actos del marido, en cuya potestad está, sea que la fianza parezca ménos comprometida y se preste más á

la seduccion, es lo cierto que los precedentes legales abonan aquella diferencia, y no puede culparse de ignorancia ó error á los legisladores por haberla atendido.»

Y ¿no debemos creer que verdaderamente existe alguna diferencia entre el contrato y la fianza cuando la ley permite á la mujer *soltera* contratar y le prohibe ser fiadora?

Otra duda puede presentarse: ¿no habrá un caso siquiera en que la fianza otorgada por la mujer á favor de su marido sea válida?

La ley 13, tít. XX, lib. III del Fuero Real dice: «Maguer que mujer de su marido no pueda fiar, ni facer deuda sin otorgamiento de su marido; pero si fuese mujer que vende ó compra por sí ó haya menester de mercadería, vala todo deudo, e toda cosa que fiziere en cuanto pertenesce á su menester.» Y la ley 3.ª, tít. XII, Partida 5.ª, señala ocho razones en cualquiera de las cuales *que entrase la mujer fiador por otri valdria la fianza e seria tenuda de la cumplir*.

Si en la fianza prestada por la mujer á favor del marido concurre cualquiera de las mismas razones, ¿valdría la fianza?

No tenemos noticia de que esta cuestion se haya presentado en los tribunales, pero la verdad es que su resolucion sería difícil.

Una sola de las razones de que habla la ley de Partida, se ha presentado. Es la tercera, «quando la muger fuesse sabidora, e cierta que non podia nin deuia entrar fiador, si despues lo fiziesse renunciando de su grado e desamparando el derecho que la ley les otorgó á las mugeres en esta razon», ó lo que es lo mismo, cuando la mujer renuncia el privilegio que por la ley le compete. Esta cuestion se ha debatido mucho, dividiéndose, por consiguiente, las opiniones en dos opuestos bandos. Mas el Tribunal Supremo, en sentencia 17 Enero 1857, ha dicho que la ley 61 de Toro no puede renunciarse ni áun con juramento por la mujer casada, y que las leyes prohibitivas no son generalmente renunciables sin autorizacion expresa de la ley, y que áun siendo verdaderos privilegios no son susceptibles de renuncia sin dicho requisito.

Aun cuando concurra, por consiguiente, la tercera de las razones que enumera la ley de Partida, la fianza no prevalecerá: ¿prevalecerá concurriendo alguna de las otras que allí se consignan? Lo dudamos.

La segunda parte de la ley se refiere á los contratos mancomunados. Estos, por regla general no son válidos ni producen accion contra la mujer. La ley, sin embargo, exceptúa un caso «*salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho della: ca estonce mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada.*»

Solamente en este caso quedará obligada la mujer. ¿Bastará que la mujer declare en el contrato ó posteriormente que la deuda se convirtió en su utilidad?

La confesion hecha en el mismo contrato, la reputamos completamente nula por dos razones: la primera, porque éste sería un modo de eludir la ley: la segunda, porque no se puede decir con verdad que la deuda se convierte en utilidad de la mujer ántes de que el préstamo se consume y tenga inversion la cantidad prestada. Ademas, que áun hecho el préstamo con intencion de que sólo utilizare á la mujer, circunstancias posteriores pueden ser causa de que en definitiva no resulte la utilidad propuesta.

En cuanto á la confesion que pueda hacer la mujer en juicio cuando se la reclame la deuda, es axioma jurídico que á confesion de parte relevacion de probanzas, y en este sentido parece que debe bastar la confesion de la mujer. Nosotros, sin embargo, en prevencion al engaño, no nos daríamos por satisfechos con esta prueba.

¿Cuándo se entenderá que el contrato se ha convertido en todo ó en parte en beneficio de la mujer?

El legislador, en prevision del abuso, y considerando que no favorece á la mujer aquello que por derecho le corresponde, ha hecho la aclaracion con que termina la ley: «*pero si lo que se convirtió en provecho della, fué en las cosas que el marido le era obligado á dar, asi como en vestirla e darla de comer e las otras cosas necesarias, mandamos que por esto no sea obligada a cosa alguna.*»

Estas *cosas necesarias* ¿son aquellas que hacen relacion exclusivamente á su persona? ¿ó lo son tambien las no ménos necesarias que se practiquen para la conservacion, sostenimiento ó explotacion de los bienes de la mujer? En nuestro concepto, deben entenderse comprendidas estas últimas del mismo modo que aquéllas.

Mucho se ha debatido sobre si el art. 188 de la ley Hipotecaria ha venido á introducir una modificacion en este punto, y aunque la controversia ha sido empeñada, ha prevalecido la opinion de que el referido artículo no habla de la fianza de la mujer á su marido, ni de la obligacion mancomunadamente otorgada por ma-

rido y mujer, sinó que se limita á señalar los requisitos para enajenar y gravar los bienes raíces que tienen el carácter de dotales.

Por último, las disposiciones de esta ley no son renunciables, segun ya hemos dicho, debiendo añadir que, áun cuando en esta renuncia concurra la solemnidad del juramento, no por eso convalecerá, pues así lo tiene repetidamente declarado el Tribunal Supremo, siendo ya ociosas todas las discusiones que sobre este punto han agitado á los comentaristas de nuestro derecho.

En la ley de Toro se establece ademas que todo lo que en ella se consigna no se entienda aplicable cuando el interesado sea el fisco.

De nuestro artículo hemos borrado esta excepcion, porque otras leyes de distinto carácter fijan como principio general este precepto, siendo, por lo tanto, inútil repetirlo aquí y en cada uno de los lugares en que tenga aplicacion.

Artículo 130.—Podrá la mujer sin licencia del marido:

1.° Otorgar testamento, disponiendo en él de sus bienes con las limitaciones establecidas por las leyes.

2.° Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos, que hubiere tenido de otro, y á los bienes de los mismos.

ORÍGENES

Art. 53 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 215 Cód. Nápoles.—220 Francia.—173 Holanda.—132 Luisiana.—139 Sardo.

COMENTARIO

La facultad de otorgar testamento, como que hace relacion á una época en que el matrimonio se ha disuelto, y por consiguiente en que lo dispuesto por la mujer no altera ni modifica la familia, ha sido siempre libremente ejercida por la mujer casada. El artículo, pues, no hace más que consignar lo que ha sido un hecho constante.

En cuanto al segundo párrafo del artículo, era indispensable consignar este principio, una vez que la ley confia á la madre la patria potestad, que conserva aun cuando contraiga segundas ó posteriores nupcias, al contrario de lo que sucedía con la tutela y sucede en algunos países con la patria potestad misma.

Artículo 131.—La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, los conservará miéntras que no contrajere segundas nupcias.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. II, Partida 4.ª
Art. 54 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

La mujer sigue la condicion de su marido, así cuando se trata de lo favorable como de lo adverso. Los honores que se otorguen al marido alcanzan á su esposa; y esto no sólo como una consideracion social, sinó como un derecho que la ley consigna.

Así, la mujer de un marqués ó duque será marquesa ó duquesa, no sólo durante el matrimonio, sinó áun disuelto éste, miéntras no contraiga segundas nupcias.

El divorcio, ¿destruye los efectos de este artículo?

Parece indudable que siendo culpable la mujer no pueda gozar de estos honores; pero siendo culpable el marido, la razon de que la mujer pierde estos mismos honores, no se alcanza tan fácilmente.

Este artículo consigna ademas una excepcion, es á saber, que los honores sean exclusivamente personales. La categoría de jefe de administracion civil, una condecoracion, etc., son títulos que por su naturaleza no pueden comprender á la mujer.

Artículo 132.—Solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia ó autorizacion competente.

ORÍGENES

Art. 55 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con. Art. 225 Cód. Francia.—214 Nápoles.—137 Italia.—131 Luisiana.—171 Holanda y 125 Vaud, que establecen el mismo principio, pero lo amplían á la mujer misma que contrató.

JURISPRUDENCIA

Sent. 30 Enero 1872.

COMENTARIO

En artículos precedentes dejamos consignado que la mujer no puede válidamente llevar á cabo ciertos actos jurídicos. El marido, sín cuya licencia aquellos actos se han verificado, tiene accion para reclamar contra su validez. Pero la ley dice más, «solamente el marido y sus herederos,» es decir, que otra persona, la mujer, el que contrató con ella ó un extraño, no pueden oponerse á las obligaciones que aquélla contrajo ó á los derechos que adquirió. Este principio, consagrado ya por la costumbre y admitido por la jurisprudencia, es consecuencia lógica de la situacion del marido en la familia.

SECCION SEGUNDA

DE LOS DEBERES DE LOS ESPOSOS PARA CON SUS HIJOS Y DE SU OBLIGACION Y LA DE OTROS PARIENTES Á PRESTARSE RECÍPROCAMENTE ALIMENTOS

Artículo 133.—Los cónyuges están obligados á criar, educar, segun su fortuna, y alimentar á sus hijos y demas descendientes, cuando éstos no tuvieren padres ú otros ascendientes en grado más próximo, ó éstos no pudieren cumplir las expresadas obligaciones.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 2.ª y 4.ª, tít. XIX, Partida 4.ª
Art. 63 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 203, 205 y 207 Cód. Francia.—138 Italia.—159, 376 y 378 Holanda. —116, 118 y 120 Cerdeña.—243 y 205 Luisiana.—105, 107 y 109 Vaud.—193, 195 y 196 Nápoles.—Ley 4.ª, tít. II, lib. XXVII, y ley 6.ª, párr. V, tít. X, lib. XXXVII, *Digesto.*

JURISPRUDENCIA

Sent. 7 Setiembre 1860.
Sent. 29 Febrero 1864.
Sent. 27 Marzo 1871.

COMENTARIO

La obligacion de dar alimentos es una consecuencia lógica de la procreacion. Sería inhumano abandonar al sér que dimos la vida.

Estos alimentos se deben *ex æquitate, caritateque sanguinis:* por eso no hay ley que no los consigne.

El artículo impone la obligacion á los cónyuges, es decir, á ambos. Así pues, se considera la alimentacion y crianza de los hijos como carga de la sociedad conyugal.

Mas cuando el matrimonio no existe, bien porque la union sea ilegítima, bien por haberse disuelto el vínculo ó divorciado el matrimonio, no por eso cesan las obligaciones respecto á los alimentos de los hijos. En cada uno de estos casos rigen reglas especiales, que se señalan en sus repectivos lugares.

Por Derecho Romano pesaba esta obligacion: 1.° sobre el padre; 2.° sobre los ascendientes paternos; 3.° sobre la madre; 4.° sobre los ascendientes maternos. Nuestras leyes de Partida copiaron al Derecho Romano; pero la ley del Matrimonio civil, vigente en este punto, ha señalado un órden distinto y más en armonía con los vínculos de parentesco y de afeccion.

Al decir la ley, «los cónyuges,» y hacer por lo tanto comun y solidaria la obligacion de dar alimentos á los hijos, se nos ocurre la duda de si este artículo habrá derogado la ley 3.ª, tít. XIX, Part. 4.ª, que imponía esta obligacion á la madre durante los tres primeros años, á ménos de excusarse por su estado de pobreza. La importancia de esta duda es casi exclusivamente teórica, porque la modificacion que han sufrido las costumbres hace inaplicable en el mayor número de casos este precepto. Sin embargo, entendemos que el precepto subsiste, y que por lo tanto las madres deben ser las encargadas de alimentar á sus hijos durante los primeros años. Y lo entendemos así: 1.°, porque esta ley es una

excepcion muy en armonía con lo que la Naturaleza dicta y que por lo tanto subsiste á ménos de ser expresamente derogada: y 2.°, porque no es lícito suponer en el legislador la intencion de librar á la mujer de una obligacion cuyo cumplimiento estrecha los lazos de la familia, ya bastante relajados en nuestros días, pues la ley de Partida se refiere especialmente á la lactancia que la madre debe dar directamente á su hijo. Ademas, en otro artículo de la ley del Matrimonio civil, parece reconocerse implícitamente que subsiste el principio de las leyes de Partida.

Las obligaciones que expresa este artículo, pesan en determinados casos sobre los ascendientes; la ley determina con toda claridad cuáles son estos casos.

No es solamente la obligacion de dar alimentos la que consigna el artículo. Dice: *criar* y *educar*. Así como los alimentos tienen por objeto la conservacion y el bienestar físico de la persona, la educacion se dirige á sus mejoras y perfeccion en el órden moral.

Ambos deben atenderse igualmente, porque ambos son de igual importancia.

¿Cuáles son los límites de esta educacion? La ley no podrá expresar determinadamente en qué consiste la educacion. En cada caso habrá de ser diferente; las circunstancias especiales de cada familia darán la norma de lo que ha de constituír la educacion de los hijos.

Por eso en un artículo posterior se establece que los alimentos serán proporcionados al caudal de quien los diere y á las necesidades de quien los haya de recibir.

Nadie mejor que el padre de familia para graduar los alimentos y educacion. En caso de litigio, el prudente arbitrio judicial tendrá en cuenta la posicion social y condicion de los que hayan de prestar alimentos y de quien haya de recibirlos.

No es posible dar ninguna regla sobre este punto.

La obligacion consignada en este artículo es exigible ante los tribunales. El procedimiento para reclamar alimentos provisionales es sencillísimo y rápido (véanse arts. 1210 y siguientes ley de Enjuiciamiento civil). La reclamacion de alimentos provisionales ha de reunir los siguientes requisitos: 1.°, que se pidan por escrito: 2.°, que se acredite cumplidamente el título en cuya virtud se pidan: 3.°, que se justifique aproximadamente el caudal del que deba darlos. Con esta justificacion el juez (de primera instancia), concederá ó denegará los alimentos provisionales, designando en el primer caso la suma en que hayan de consistir, y que habrán de abonarse por meses anticipados. La apelacion interpuesta por el condenado á pagar alimentos, no suspenderá la ejecucion de la sentencia.

Este es un acto de jurisdiccion voluntaria, y por consiguiente cabe con posterioridad al mismo, un juício ordinario sobre alimentos (Sentencia 21 Junio 1860).

Aunque los padres pierden la patria potestad y todos los derechos que tenían sobre los hijos por el hecho de exponerlos ó abandonarlos, no por eso se libertan de la obligacion de darles alimentos; y así es que si un tercero recogiese y criase á un expósito, podrá pedir despues á sus padres los gastos hechos en la crianza con tal que al principio hubiese manifestado que no los hacía gratuitamente sinó con intencion de recobrarlos (leyes 3.ª y 4.ª, tít. XX, Partida 4.ª y ley 5.ª, arts. 25 y 26, tít. XXXVII, lib. VII, Nov. Rec.).

Artículo 134.—La obligacion de dar alimentos corresponde á la madre dùrante los tres primeros años, á no impedírselo su estado de pobreza.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 3.ª, tít. XIX, Partida 4.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 9 Julio 1874.

COMENTARIO

El cuidado más delicado y tierno de la madre, es necesario á la criatura cuando es más tierna y delicada. Los primeros momentos del sér que viene al mundo necesitan del aliento de la madre. Los cuidados de ésta y la lactancia son los más inmediatos auxilios del débil niño. Este ha sido el fundamento de las leyes que han encomendado á las caricias de la madre los primeros pasos del hijo en esta vida. Por eso la ley de Partida consigna, que durante los tres primeros años la obligacion de dar alimentos, y entiéndase que al decir alimentos nos referimos á todos los cuidados y atenciones que el niño reclama en tan tierna edad, corresponde á la madre exclusivamente, á no impedírselo su estado de pobreza.

Los debères de la maternidad,—dice Gutierrez,—son á cual más admirables: las madres alimentan con su propia sustancia al tierno in-

fante á quien han puesto en el mundo. Las leyes han sido sabias confiando á su cuidado el período de lactancia: su ternura, que se desarrolla como el niño que crece entre sus brazos, forman un lazo indestructible, más íntimo si cabe que el acto del nacimiento.

Nodrescer e crear deben las madres á sus hijos... dice la ley de Partida, de manera que parece referirse particular y especialmente, á la manutencion que directamente le proporciona la madre, y á los cuidados que en su afan le prodiga. En este supuesto, ¿la *pobreza* de que habla la ley será la que resulte de su propia naturaleza, cuando sea ésta tan débil que la niegue sus recursos? ¿ó será la pobreza en el sentido más amplio y general que en otros lugares escribe la ley?

Artículo 135.—La obligacion de dar alimentos será recíproca.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. VIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 2.ª, tít. XIX, Partida 4.ª
Art. 72 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Véanse las citas del art. 133.—Art. 139 Italia.

COMENTARIO

Otrosi decimos que los fijos deben ayudar a sus padres, si menester les fuere, pudiéndolo ellos facer: bien así como los padres son tenudos a los fijos, dice la ley de Partida, y el artículo de la ley de Matrimonio señala con más amplitud esta misma doctrina.

Es tan natural esta reciprocidad, que no hay pueblo donde no se consigne.

La reciprocidad de obligacion consignada en el artículo, lleva consigo la igualdad de casos en que aquélla sea exigible. Así, pues, el hijo pedirá alimentos á sus padres, y solamente en el caso en que éstos no puedan satisfacerlos, tendrá accion para dirigirse á los abuelos: del mismo modo, el padre pedirá alimentos á su hijo, y tan sólo cuando éste no tenga medios de abonárselos podrá reclamarlos al nieto. ¿Será indistinto dirigirse contra el abuelo ó la abuela?

¿Lo será el dirigirse contra los abuelos paternos ó maternos?

¿Lo será el dirigirse contra cualquiera de los nietos?

¿Deberá observarse algun órden en esta materia?

La ley de Matrimonio civil no hace distincion alguna, ni señala prelacion, puesto que las palabras «en grado más próximo» no pueden aplicarse á estos casos.

La obligacion, pues, es indistinta: *quia sicut succederent in hæreditate nepotis, sic et in onere alimentorum*, dice Gregorio Lopez en su glosa, «cualquier de ellos,» ley 4.ª, tít. XIX, Partida 4.ª

Artículo 136.—Los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los diere y á las necesidades de quien los recibiere.

ORÍGENES

Las mismas leyes ántes citadas.
Art. 73 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 208 Cód. Francia.—379 Holanda.—122 Cerdeña.—110 Vaud.—143 Italia.

JURISPRUDENCIA

A la sala sentenciadora corresponde apreciar en vista del resultado de las pruebas, si son ó no suficientes tales ó cuales bienes para que sus productos constituyan alimentos, y si el oficio del alimentista le proporciona lo bastante para su subsistencia (Sent. 20 Marzo 1866).

Los alimentos han de ser proporcionales (Sent. 25 Abril 1873).

COMENTARIO

E deben darles que coman, e beban, e vistan, e calcen, e lugar donde moren, e todas las otras cosas sin las cuales non pueden los homes vivir. E esto debe cada uno facer segun la riqueza e poder que hobiere, catando todavia la persona de aquel que lo debe rescibir... Tal es la ley de Partida que á este punto se refiere.

Clasifican los autores generalmente los alimentos en naturales y civiles; entendiendo por *naturales* los que consisten precisamente en lo indispensable para subsistir el que los recibe, y por *civiles* los que no se limitan á lo meramente necesario, sinó que se extienden á lo que exige la condicion y circunstancias del que los ha de dar y del que los ha de recibir.

El artículo que comentamos quiere, por lo tanto, que los alimentos que se presten en todo caso sean civiles. Lo contrario no sería decoroso para el que los da ni para el que los disfruta: la desigualdad de fortunas que existe en la so-

ciedad, debe suavizarse y hacerse desaparecer en la familia.

No ha podido el legislador hallar límites más razonables á los alimentos. El caudal de quien los diere por un lado; las necesidades del que los ha de recibir por otro, dan la pauta de su cuantía.

Como en otro lugar hemos dicho, el prudente arbitrio de los tribunales apreciará estos dos extremos, y en su consecuencia graduará la entidad de los alimentos.

Artículo 137.—La obligacion de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tuviere derecho á percibirlos, y no se extinguirá solamente por la renuncia de ésta.

ORÍGENES

Art. 74 Ley Matr. Civ.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Art. 834 Cód. Holanda.

COMENTARIO

Los alimentos, hijos de la necesidad, no pueden exigirse hasta que la necesidad nace.

Por esta misma razon, la renuncia de los alimentos no tiene ningun valor, pues como dice Goyena «la renuncia de ellos para lo futuro podría compararse á un suicidio.»

Entiéndase que este artículo sólo habla de los alimentos que se deben entre sí los ascendientes y descendientes, pero de ninguna manera del derecho de alimentos que pueda provenir de un contrato ó de un legado.

Tratándose de éstos, la doctrina romana era que podían renunciarse libremente los provenientes de un contrato, mas en cuanto á los que tenían su orígen en un testamento, podían renunciarse del mismo modo los que se referían á tiempo pasado, pero los futuros sólo en virtud de decreto del Pretor (ley 8.ª, tít. IV, lib. II, Cód.). Sin embargo, los intérpretes del Derecho creen que pueden renunciarse no mediando precio, del mismo modo que se renuncia á cualquier otro legado.

Artículo 138.—Cesará la obligacion de dar alimentos:

Primero. Cuando la fortuna del que estuviere obligado á darlos se hubiere reducido hasta el punto de que éste no pudiera satisfacerlos sin desatender sus necesidades precisas y las de su familia.

Segundo. Cuando el que hubiere de recibirlos haya mejorado de fortuna hasta el punto de no serle necesarios para su subsistencia.

Tercero. Cuando el mismo hubiera cometido alguna falta por la que legalmente le pueda desheredar el obligado á satisfacerlos.

Cuarto. Cuando el que los hubiere de percibir fuere descendiente ó hermano del que los hubiere de satisfacer, y la necesidad de aquél proviniere de mala conducta ó falta de aplicacion al trabajo, miéntras que esta causa subsistiere.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XIX, Partida 4.ª
Art. 75 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 38 Cód. Holanda.—209 Francia.—111 Vaud.—199 Nápoles.—248 Luisiana.—123 Cerdeña.—Ley 34, tít. III, lib. II y ley 5.ª párr. 7.°, tít. III, lib. XXV, Digesto.

JURISPRUDENCIA

La obligacion de los padres de dar alimentos á sus hijos, se entiende siempre que éstos no tengan medios para subsistir de lo suyo ó de su industria y trabajo (Sent. 25 Febrero 1860).

COMENTARIO

Cuatro son, segun este artículo, los casos en que cesa la obligacion de dar alimentos.

Primero, cuando la fortuna del que hubiere de darlos no sea suficiente para ello, sin dejar desatendidas sus más perentorias necesidades. «Pobredad escusa á los homes», dice la ley de Partida. La razon de este párrafo de la ley se comprende fácilmente.

El segundo caso en que se extingue la obligacion de dar alimentos, es resultado de la causa ó motivo en que se funda su otorgamiento, es á saber, en la necesidad. Cuando ésta cesa, cuando no son ya necesarias por haber mejorado suficientemente de fortuna el que hubiera de recibirlos, cesa tambien el fin y la mision que con ellos se llenaba, y al mismo tiempo la obligacion de prestarlos. «Cuando el fijo oviese de lo suyo en que podiese vevir e oviese tal menes-

ter, porque podiese guarescer usando dél sin malestanza de si, entonce no es tenudo el padre de pensar dél.» (Ley 6.ª, tít. XIX, Partida 4.ª).

Verificado por el que recibe ó ha de recibir los alimentos un acto de los que dan lugar á desheredacion, es lógico que termine la obligacion de que venimos hablando. Si por virtud de tal acto se le puede privar de la herencia, ¿no ha de privársele de una parte de aquélla?

La última disposicion del artículo la hallamos igualmente justificada: «no se aplica á los ascendientes por suponerse que en su edad (generalmente avanzada), no pueden procurarse los medios de subsistir, y que áun cuando así fuere sería contraria al respeto que les es debido y odiosa toda investigacion y prueba sobre este particular acerca de ellos.»

Artículo 139.—Los alimentos se reducirán ó aumentarán proporcionalmente, segun el aumento ó disminucion que sufrieren las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

ORÍGENES

Art. 76 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 144 Cód. Italia.—209 Francia.

COMENTARIO

Hemos repetido ya muchas veces que la necesidad da vida á la obligacion de alimentos. Ahora añadimos que modifica esta obligacion, aumentando ó disminuyendo la cantidad de los mismos al compas de las variaciones de fortuna del que haya de satisfacerlos y de las necesidades del alimentista.

Artículo 140.—La obligacion de satisfacer alimentos se extenderá, en defecto de ascendientes ó descendientes, ó por su imposibilidad de satisfacerlos, á los hermanos legítimos, germanos, uterinos ó consanguíneos por el órden con que van mencionados en este artículo.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. VIII, lib. III, Fuero Real.
Art. 77 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Art. 141 Cód. Italia.

COMENTARIO

Nada más honroso y justo que ver al hermano, sostenido y amparado del hermano, ni nada tampoco está más en armonía con los vínculos de afeccion que les unen.

Goyena manifiesta que en el Proyecto de Código existía un artículo extendiendo la obligacion de dar alimentos á los hermanos; pero,—dice,—esta doctrina jamas pasó á nuestras leyes, y está en oposicion con nuestras costumbres, por lo cual fué suprimido el artículo. Gutierrez observa que esto no es cierto, pues la ley del Fuero consigna con bastante claridad esta obligacion: los hermanos por su parte,—añade,—se adelantan á cumplirla, y si los actos no son más frecuentes, consiste en que, ó los hermanos se casan y contraen necesidades más urgentes, ó vive cada cual de su trabajo y hay uniformidad de recursos y de fortuna.

De todas maneras, nos parece oportuno que la ley haya venido á resolver dudas, estableciendo tan terminantemente como lo hace, la obligacion que pesa sobre los hermanos.

La mayor intensidad en el vínculo, justifica el órden en que por este artículo resultan obligados los hermanos.

Artículo 141.—El alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiere satisfacer los alimentos, en el caso que éste justificare no poder cumplir de otro modo su obligacion por la escasez de su fortuna.

ORÍGENES

Art. 78 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Art. 145 Cód. Italia.

JURISPRUDENCIA

Cuando haya duda respecto al lugar en que deba cumplirse la obligacion de dar alimentos, y no haya otro medio de interpretarlo en opuestas inteligencias de las partes, deberá resolverse en contra del obligado á darlos (Sent. 22 Diciembre 1868).

COMENTARIO

La medida prudencial adoptada por la ley

armonizará en algun caso la necesidad de los alimentos con la escasez de fortuna del que deba prestarlos.

Antes de la ley del Matrimonio civil, no había texto alguno expreso en esta materia; mas la jurisprudencia había dicho que, cuando los hijos no están bajo el poder de sus padres, como no pueden éstos designarles el punto de residencia, tampoco les pueden exigir que perciban los alimentos en su casa y compañía, al paso que cuando están bajo su poder, tienen uno y otro derecho, que no puede ménos de respetarse á no mediar causa que legitime la excepcion (Sent. 22 Diciembre 1868).

Este principio era más opresor para el que había de prestar los alimentos y más perjudicial para el que debiera recibirlos, pues en los casos en que la fortuna del que preste los alimentos sea de tal índole ó tan exigua, que pueda bien alimentar dentro de su casa una persona más, pero que no pueda sufragar los gastos de una pension alimenticia, los tribunales ó habían de señalar ésta muy insignificante ó habían de declarar pobre al que se le reclaman alimentos á los efectos de no poder señalar ninguna clase de pension, con lo cual quedaban por completo defraudadas las esperanzas del que se mostraba tan díscolo que no consentía en aceptar lo más que podía dársele, un lado en el hogar de su pariente.

El que haya de prestar los alimentos debe en todo caso justificar cumplidamente que no puede cumplir de otro modo su obligacion por la escasez de su fortuna.

TÍTULO IV

DEL DIVORCIO Y DE LA DISOLUCION Y NULIDAD DEL MATRIMONIO

PARTE PRIMERA

Del divorcio y de la disolucion y nulidad del matrimonio canónico.

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DIVORCIO

SECCION PRIMERA

DE LA NATURALEZA Y CAUSAS DEL DIVORCIO

Artículo 142.—El divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida comun de los cónyuges y sus efectos.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. X, Partida 4.ª

Conc. Tríd., sess. 24 *de ref. mat.* cán. VIII.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 8 Marzo 1816, Francia.—Art. 148 Cód. Italia.—1203 al 1230 Portugal.—111 Austria.—42 Baviera.

COMENTARIO

La palabra *divorcio* entre los romanos significaba legítima disolucion del vínculo matrimonial en vida de ambos cónyuges, de tal manera, que despues de él era lícito contraer otro matrimonio. Existía ademas el *repudio*, que no era lo mismo que el divorcio, pues dice Modestino que: *hay divorcio cuando es entre marido y muger; pero el repudio parece se envía á la esposa, el cual sin que sea un absurdo recae en la persona de la muger.*

Entre los hebreos, «si un hombre se casa con una mujer y despues no es agradable á sus ojos en razon de alguna torpeza, escribirá una carta de repudio, se la pondrá en la mano y la despedirá de su casa.»

En varios pueblos y en épocas diversas se ha ha admitido el divorcio unas veces y el repudio otras.

El Fuero Juzgo lo admitió en ciertos casos y por ciertos delitos.

Gregorio II lo permitió *si mulier infirmitate correpta, matrimonio inepta evaderet.* San Mateo habia dicho (1): *Quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit mœchatur: et qui dimissam duxerit mœchatur.* Con este motivo ha sido larga y animada la discusion que se ha sostenido acerca de las causas que podían motivar el divorcio, y de la extension é importancia de éste. San Agustin, el cardenal Cayetano, Ambrosio Catarini, Orígenes, Inocencio I, Hincmaro de Reims, Teodoro de Cantorberi y otros muchos tercia-

(1) Cap. XIX, v. 9.º

ron en la interesante polémica tratando de interpretar las palabras de San Mateo.

El Concilio de Trento (1) anatematiza á los que afirman que yerra la Iglesia cuando enseña que segun la doctrina evangélica y apostólica, ni áun por el adulterio puede disolverse el vínculo matrimonial.

En otro lugar dejamos expuesta con más extension la diversidad de doctrina sobre este punto.

Hoy, por consiguiente, con arreglo á la disciplina vigente en España, el divorcio no disuelve el vínculo, limitándose á suspender la vida comun de los cónyuges.

¿Es el divorcio fuente de inmoralidad, ó correctivo del vicio? Cuestion debatidísima es ésta, que no ha de obtener fácilmente el concurso de todas las opiniones.

«Pido,—ha dicho Cabarrús,—á todo hombre sincero que me responda si está bastante seguro de querer siempre la misma mujer y no querer á otra; le suplico que cotejando inconvenientes, pues ésta es toda la perfeccion humana, decida en dónde los encuentra mayores: en el divorcio ó en el estado actual de nuestras costumbres.»

«Sin duda,—ha dicho Treilhard,—el divorcio ó la separacion de los padres forma en la vida una época bien funesta; pero ni el acto del divorcio ni la separacion constituyen el mal; es el cuadro espantoso de la guerra intestina que ha hecho esos actos necesarios.»

Y Gutierrez contesta: «mal conocen el corazon humano los que pretenden calmar por concesiones las impetuosas exigencias de la pasion. Los deseos que se desencadenan con sólo ver un átomo de esperanza, ceden y se extinguen ante un solo obstáculo; la imposibilidad... ademas, la inmoralidad triunfa, empezando por corromper los matrimonios: las tablas de proscripcion y los libelos de divorcio se escriben y se firman en el mismo lugar y en la misma hora. La historia recuerda el divorcio de Pompeyo por órden de Sila, el de Antonio, etc... de modo que como oportunamente alguien ha dicho, las lágrimas de los esposos y la sangre de los pueblos corren á un mismo tiempo... tal es el triste efecto de una facultad que no se concibe, ni es posible sin el abuso.»

Los adicionadores de Escriche replican: «En vano se alegará que si se permitiera el divorcio por el mutuo disentimiento de los divorciados, la sociedad y sus más caros intereses quedarian entregados á las pasiones ó al capricho de los cónyuges mal avenidos ó ya cansados del cumplimiento de sus deberes, porque esto que podrá ser una razon de utilidad, no puede ser una razon de justicia; jamas se persuadirá á los que deseen separarse que hay beneficio social en que continúe un lazo que contrajeron amantes y quieren, de comun acuerdo, romper porque les es odioso, y áun persuadiéndoselo, no es fácil convencerles de que á ese beneficio social deben sacrificar la felicidad de toda su vida, impotentes para romper la pesada cadena que arrastran maldiciéndola. Debería la ley cuando ménos, consignar como necesarios ciertos requisitos para que pudiera tener efecto la separacion total; pero sentando el principio lógico é indestructible de la licitud del divorcio, cuando se cumplieran aquellas condiciones, por ser lo natural del contrato romperse por el mutuo consentimiento: puede regularse un principio, pero no negarse en absoluto; puede reglamentarse un derecho, pero no destruirse atacando la base esencial que lo constituye.»

En nuestro entender, el adulterio, el odio, el cuadro espantoso de la guerra intestina, en una palabra, que surge á veces y arrastra á las familias á la desesperacion y eterna desventura, es un problema y un problema gravísimo; ¿es el divorcio en cuanto al vínculo el término de ese problema? ¿Tiene siquiera resolucion posible?

No nos atrevemos á decirlo.

Las costumbres y los juicios que se forman por la opinion pública, serían el mejor lenitivo á tan grave mal, si se encauzasen por la senda de lo que la moral exige.

Mas, sea de ello lo que quiera, la doctrina vigente, tanto tratándose de matrimonios canónicos como puramente civiles, es la indisolubilidad en cuanto al vínculo, que no se desata por medio alguno. Las excepciones á este principio que la Iglesia admite, tendrán explicacion en su lugar, así como los efectos, perpetuos ó temporales, de la separacion de los cónyuges.

Artículo 143.—El conocimiento de las causas de divorcio pertenece exclusivamente á los tribunales eclesiásticos.

ORIGENES

Ley 2.ª, tít. IX, Partida 4.ª
Ley 7.ª, tít. X, Partida 4.ª
Conc. Trid., sess. XXIV, cán. XII.

(1) Sess. XXV de *Sacr. Mat.*, cán. 7.º

COMENTARIO

Aceptada la legislacion canónica como vigente para los matrimonios celebrados en España por los católicos, pareció natural aceptar la jurisdiccion de los tribunales eclesiásticos como la única competente para aplicar sus propias leyes.

Así venía practicándose ántes de 1870, y así volvió á practicarse por virtud del Decreto de 9 de Febrero de 1875.

El Proyecto de Código civil introdujo una variacion que debemos recordar. En aquel proyecto faltó, sin duda, valor suficiente para reivindicar por completo el poder legislativo *magestático*, *imprescriptible é inalienable* de que la sociedad civil no puede desprenderse; así es, que se conservó el matrimonio canónico tal y como existia, con arreglo á las disposiciones tridentinas.

Pero en el art. 75 estableció, que el conocimiento de las causas de divorcio perteneciese exclusivamente á los tribunales civiles. Es decir, que se consignaba una distincion entre el *vínculo sacramental*, acerca del que nada se habia de tolerar á los tribunales civiles, y el acto meramente civil de autorizar á los cónyuges á tener domicilio separado mediante justa causa, dejando siempre á salvo la santidad é indisolubilidad del vínculo.

A nuestro juicio, es preferible la doctrina sustentada por la ley del Matrimonio civil; pero en último caso entendemos que, tanto las causas que justifiquen el divorcio, como el procedimiento para obtenerlo, ha de someterse en un todo á disposiciones puramente civiles, puesto que, áun concediendo al matrimonio el carácter exclusivo de sacramento, en nada toca al mismo la separacion de los bienes y de la habitacion.

La querella de adulterio, las reclamaciones de alimentos, de litisexpensas, de restitucion de dotes, etc., etc., se producen ante los tribunales ordinarios. Ahora bien, de mayor importancia son algunos de estos asuntos sometidos á la jurisdiccion ordinaria.

¿Qué es, al fin y al cabo, una sentencia ejecutoria por adulterio ó por sevicia? ¿No es anormal que todo esto puedan hacerlo los jueces del fuero comun, y que «la esposa cuyo marido está sufriendo diez años de presidio ó acaso trabajos perpetuos, no se tenga por legalmente divorciada si no acude al eclesiástico, quien, despues de los gastos y molestias de un nuevo proceso, podrá fallar en sentido contrario?»

Artículo 144.—Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, corresponderá á los tribunales ordinarios el conocimiento de las cuestiones sobre alimentos, litisexpensas y restitucion de dotes, que se susciten con ocasion de las demandas de divorcio.

ORÍGENES

Ley 20, tít. I, lib. II, Nov. Rec.

COMENTARIO

La creencia de que el divorcio es algo que se refiere muy directamente al vínculo sacramental, tal vez porque en algun tiempo ha sucedido así, ha hecho que se establezca dentro del divorcio una division de materias entre lo más y lo ménos profano, por decirlo así; entre el divorcio mismo y los incidentes que le acompañan.

Esta ha sido la causa de lo dispuesto en nuestro artículo.

Despues de lo que dejamos consignado en el comentario del artículo anterior, no es necesario añadir que encontramos justa la disposicion de la ley recopilada, por más que entre este precepto y el del artículo anterior hallemos patente una contradiccion que el Proyecto de Código resolvía.

Artículo 145.—Los cónyuges no podrán divorciarse, ni áun separarse por mutuo consentimiento: para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial.

ORÍGENES

Proem. tít. X, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 307 Cód. Francia y ley 8 Marzo 1816.—140 Cerdeña.—222 Nápoles.—140 Luisiana.—263 Holanda.—134 Vaud.

JURISPRUDENCIA

El matrimonio se estima subsistente para todos los efectos civiles, miéntras no haya sentencia firme que autorice la separacion. (Sentencia 23 Abril y 8 Octubre 1866.)

COMENTARIO

¿Debe tener lugar el divorcio por mutuo disenso de marido y mujer?

La ley francesa admitió el divorcio cuando así lo solicitaban de comun acuerdo los cónyuges.

En 1816 se abolió esta clase de divorcio.

No hemos de repetir aquí lo que en otro lugar dejamos consignado respecto á las diversas opiniones que se sustentan acerca de la conveniencia ó inconveniencia del divorcio en cuanto al vínculo, tanto por disentimiento mutuo de los cónyuges como por otros motivos.

¿Debe tener lugar la separacion de los casados por acuerdo de los mismos?

De ninguna manera; cualquiera que sea la opinion que se sustente respecto al divorcio, nadie ha podido creer que los cónyuges estaban autorizados para separarse convencionalmente y sin que para ello precediera justa causa, siquiera ésta no fuera otra que el mutuo disenso, y ademas la sancion y mandato de la autoridad judicial.

Dejar á los casados en libertad de decidir por sí los más graves problemas y cortar las excisiones más profundas y trascendentales de la familia, equivalía en último caso á llegar, no ya al divorcio como se pretende por algunas escuelas, sinó á algo más perturbador que el abuso del repudio mismo.

Ninguna ley autoriza, por tanto, que los cónyuges sean á un tiempo juez y parte en este asunto.

El escándalo á que se llegaría por la tolerancia, los males gravísimos que con ello habían de producirse á la prole, han aconsejado al legislador este precepto, cuyos efectos no alcanzarán seguramente á que la autoridad vaya de casa en casa obligando á vivir juntos á aquellos á quienes un lazo que se ha hecho odioso, ha separado de la vida comun, pero sí á negar efectos jurídicos á estas separaciones convencionales. Los efectos del divorcio, pues, no tienen ni pueden tener lugar más que por el oportuno fallo declaratorio del divorcio; y las separaciones convencionales, como no reconocidas ni sancionadas por el legislador, son de resultados completamente ineficaces á los ojos de la ley.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, siendo por lo mismo nulos los contratos que con el mencionado objeto formalicen los cónyuges. La ley 2.ª, tít. X, Partida 4.ª, prohibe que la separacion se someta á juicio de árbitros.

Artículo 146.—El divorcio *quoad thorum et habitationem* se rige por los sagrados cánones en cuanto á las justas causas que lo motivan y modo de obtenerlo.

ORÍGENES

Ley 13, tít. I, lib. I, Nov. Rec.
R. D. 9 Febrero 1875.

COMENTARIO

Ya lo hemos dicho, por Real Cédula de 12 de Julio de 1564 (ley recopilada que citamos) se aceptaron por el rey Felipe II las disposiciones canónicas respecto al matrimonio: «habemos aceptado y recibido, aceptamos y recibimos el dicho sacrosanto Concilio (el de Trento), y queremos que en estos nuestros reinos sea guardado, cumplido y ejecutado.»

Vamos á dar una idea sucinta de las leyes de la Iglesia, pues no hemos juzgado que pudieran formar parte del articulado de este Código.

El divorcio puede ser en cuanto al vínculo que desata completamente el sacramento, y de él hablaremos en el capítulo de nulidad; y divorcio que algunos canonistas llaman parcial, y cuyos efectos quedan limitados *ad thorum et habitationem*.

Este divorcio, cuyos efectos veremos más tarde, es de dos clases: perpetuo y temporal, cuya condicion explican perfectamente las palabras con que se les designa.

Divorcio perpetuo: Las causas del divorcio perpetuo son, entre otras de escasa importancia, las siguientes:

1.ª *El adulterio*.—Sobre esta causa de divorcio se ha discutido largamente, y la disciplina ha sido varia, segun en otro lugar hemos dicho.

La *fornicatio* de que hablan los canonistas ha merecido diversas interpretaciones, pues en tanto que algunos (Tertuliano, Lactancio, Basilio, Jerónimo, Crisóstomo, etc.) comprenden en ella, no sólo el ayuntamiento carnal, sinó la apostasía y otros actos de esta naturaleza, otros circunscriben la significacion de la palabra al trato deshonesto.

Hoy la palabra adulterio ha venido á dar más claridad á este punto.

El adulterio de cualquiera de los cónyuges es suficiente causa de divorcio, y debemos hacer notar la diferencia entre la ley canónica y la civil, pues en tanto que ésta exige para que el adulterio del marido sea causa del divorcio, que sea con escándalo público ó con el abandono completo de la mujer, ó que el adúltero tenga

á su cómplice en la casa conyugal, la ley canónica no hace distincion ninguna entre el adulterio del marido y el de la mujer.

Tambien debe tenerse presente que si ambos cónyuges fueren adúlteros, ninguno de ellos podrá reclamar el divorcio.

La remision de la injuria priva de accion para entablar el divorcio; mas téngase presente que el continuar la adúltera en la habitacion de su marido, el que la acompañe éste á los paseos y teatros despues de haber sido sorprendida con el adúltero, no supone el consentimiento de su infidelidad ni el perdon, y ménos cuando el marido formaliza querella y continúa siendo parte en la causa para la imposicion de la pena (Sent. Trib. Supr. 23 Junio 1874).

Por último, hay una ley que ignoramos si se practica (la 6.ª, tít. X, Partida 4.ª), donde se dice: «*si despues desto ficiese fornicio el marido con otra muger, puedelo demandar la muger que torne a ella e debe la Eglesia apremiar que lo faga... E esto es porque cayendo en tal pecado entiéndese que renunció la sentencia.*»

2.ª *La sevicia:—Si tanta sit viri sævitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri.* Los malos tratamientos inferidos por el marido á la mujer, las injurias graves, las amenazas continuas, las asechanzas para quitarle la vida, aunque sean de la mujer al marido, constituye lo que se llama sevicia, y causa bastante para el divorcio.

3.ª *Herejía.*—El cónyuge que incurre en herejía, es un peligro constante para el fiel: por eso se le permite separar el lecho. La ley del Matrimonio civil tiene un principio análogo, aunque más racional: violencia moral ó física ejercida por el marido sobre la mujer, para obligarla á cambiar de religion: aunque tal vez debiera tenerse presente por la ley idéntica violencia ejercida por la mujer sobre el marido (la moral sobre todo, que es poderosa), es de aplaudir que el sólo cambio de religion no sea por sí solo causa bastante para el divorcio.

4.ª *Ser el marido ocasion de pecado para la mujer.*—Si el marido intentare prostituír á su mujer, ó corromperla ó la indujere, como dicen los canonistas, á cometer un pecado mortal, el divorcio es consiguiente.

Tales son las principales causas de divorcio que enumeran los autores. Algunos consignan ademas las siguientes: 1.ª, si se ha comunicado algun mal y continúa en una vida disoluta el marido: 2.ª, si le ha acusado de adulterio ó de otro delito grave sin probarlo á juicio de los tribunales: 3.ª, el odio capital que le profese el otro cónyuge.

Acerca de todos estos puntos no son unánimes las opiniones de los autores, y lo cierto es que las disposiciones canónicas no son todo lo claras que fuera de desear.

Hemos dicho que hay ademas divorcio temporal, llamado separacion, y ésta se produce por varias causas, siendo las principales:

1.ª Si el marido muda constantemente de lugar de residencia, sin causa que justifique estas variaciones, ó si el clima ó el cambio del mismo produce á la mujer grave peligro espiritual ó corporal (1).

Las leyes civiles (art. 48 ley Matrimonio civil), solamente eximen á la mujer de la obligacion de vivir en compañía del marido y seguirle donde traslade su domicilio ó residencia cuando medie justa causa y la residencia elegida por el marido sea en país extranjero. Antes de esta ley se hacía idéntica excepcion cuando el marido trasladaba su residencia á nuestras posesiones de Ultramar.

2.ª Por voluntad de ambos cónyuges (2), pues en caso de solicitarlo ambos de comun acuerdo y previa la licencia eclesiástica, pueden separar el domicilio, siempre que no haya peligro de incontinencia ó medie alguna justa causa.

Tambien habrá lugar á la separacion temporal en los mismos casos en que proceda el divorcio, así como por enfermedad, demencia, etc.

Artículo 147.—El divorcio solamente podrá ser reclamado por el cónyuge inocente.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. IX, Partida 4.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 9 Enero 1873.

COMENTARIO

El divorcio es una satisfaccion dada al cónyuge inocente, es una reparacion á su honor lastimado. En este concepto, solamente el inocente puede alejar de sí al criminal. El delito de éste no ha de aprovechar á su mismo autor; no ha de poder éste añadir al agravio inferido á su cónyuge el que inferiría á la moral y á la sociedad toda, basando en su propia falta una peti-

(1) Bouvier. *De matrimonio.*
(2) 1.ª *Epis ad Corinth.*, cap. VII, v. 5.º

cion de libertad que le permita aumentarlas.

Por eso ninguna lèy ha concedido ni podido conceder al cónyuge culpable accion para entablar la demanda de divorcio. Esta facultad corresponde toda íntegra al inocente, quien pue- de abandonarla si estima ménos perjudicial el perdon que la venganza.

Y si el cónyuge inocente se incapacita, ¿quién podrá reclamar el divorcio? ¿se entenderá renunciada la accion? Nada dice la ley sobre este punto.

SECCION SEGUNDA

DE LAS DISPOSICIONES PRELIMINARES DEL DIVORCIO

Artículo 148.—Entablada la demanda de divorcio por el marido, ó ántes si fuere la mujer la que haya de intentarla, procederá el depósito de ésta en los términos que previene la ley.

ORÍGENES

Art. 1277 Ley Enjuic. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 267 Cód. Francia.—144 Luisiana.—269 Holanda.—137 Vaud.

COMENTARIO

Ya hemos dicho en otro lugar que con arreglo á la legislacion vigente en materia de divorcios canónicos, existe una division en cuanto al procedimiento, pues miéntras la tramitacion principal y todo lo referente á la esencia del divorcio es puramente eclesiástico, y en tal concepto á la autoridad eclesiástica corresponde conocer exclusivamente de ello, hay otros, incidentes pudiéramos llamárlos, cuya tramitacion es especial, y que se someten en un todo á disposiciones puramente civiles y ante los tribunales ordinarios.

Uno de estos incidentes es la separacion provisional de los cónyuges, es el depósito de la mujer que intenta ó se propone intentar demanda de divorcio, ó cuyo marido la tiene ya entablada.

Esta disposicion se consigna en la ley de Enjuiciamiento civil. Por esto, siendo una ley puramente adjetiva la que contiene el precepto, parece que no debiera consignarse en este Código. Nuestro propósito ha sido formar un Código sustantivo, y por consiguiente, que en él no hubiera disposiciones de carácter adjetivo. Sin embargo, la disposicion de este artículo, consignada en una ley de procedimiento, ha debido formar parte de este libro por dos razones principales: 1.ª, porque la ley del Matrimonio civil, en su capítulo correspondiente (art. 87), ha fijado el mismo principio, y por tanto, de no haber colocado en este lugar la doctrina de la ley de Enjuiciamiento, hubiera quedado como manco el articulado, toda vez que un mismo precepto se omitía repecto á los divorcios canónicos, y se hacía constar respecto de los puramente civiles; y 2.ª, porque á nuestro entender, lo dispuesto en este artículo forma una ley verdaderamente sustantiva, por más que sea adjetivo el cuerpo legal que lo consagra. Por otra parte, son muchos los Códigos que no olvidan idéntica disposicion.

Lo mismo decimos del artículo siguiente, cuya doctrina tomamos igualmente de la ley de Enjuiciamiento civil.

No es extraño ver estas confusiones en nuestras leyes, donde se mezclan no pocas veces disposiciones de carácter puramente reglamentario, con preceptos verdaderamente de ley. Nuestro criterio en este punto ha sido no omitir nada de lo reglamentario que va incluído en leyes sustantivas, introduciendo al mismo tiempo disposiciones sustantivas, áun cuando hallen vida en leyes de otro carácter.

Artículo 149.—Tambien procederá el depósito de los hijos cuando la causa que motive la demanda de divorcio sea los malos tratamientos inferidos á los mismos, óla tentativa de corromperlos ó prostituirlos.

ORÍGENES

Art. 1277 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Sent. 27 Noviembre 1872.

COMENTARIO

Cuando los malos tratamientos inferidos á los hijos, ó la tentativa ó complicidad en su corrupcion ó prostitucion sean las causas que motiven la demanda de divorcio, los más rudimentarios sentimientos de moralidad aconsejan, que se atienda en primer término á sustraer á la influencia del cónyuge culpable los inocentes niños que son sus víctimas.

Véase lo expuesto en el artículo arterior.

Artículo 150.—Del mismo modo se señalarán alimentos para la mujer y los hijos que no quedaren en poder del padre, salvo lo dispuesto en el art. 134.

ORÍGENES

R. Céd. 22 Marzo 1787.
R. Céd. 18 Marzo 1804.

JURISPRUDENCIA

Los alimentos han de ser proporcionales (Sent. 2 Diciembre 1876, 24 Octubre 1877).

COMENTARIO

En el art. 144 hemos dicho que el señalamiento de alimentos corresponde á la jurisdiccion ordinaria. El padre tiene en primer término la obligacion de dar alimentos á su mujer é hijos, provisionalmente y sin perjuício de lo que en su día, ejecutoriada la sentencia declaratoria del divorcio, pueda corresponder con arreglo á las leyes de que nos ocuparemos más tarde.

Esto no obstante, los hijos menores de tres años, cuyo inmediato cuidado corresponde á la madre, deberán permanecer en su poder y percibiendo de ella los alimentos, salvo el caso de pobreza que la excusa de esta obligacion.

Análoga disposicion se contiene en el artículo 87 de la ley del Matrimonio civil.

En cuanto á la importancia de estos alimentos, la apreciacion judicial, teniendo presentes los bienes del padre, la condicion y edad de los hijos, podrá únicamente señalarla y solamente con el carácter de provisionales, puesto que son dependientes de las resultas de la demanda sobre divorcio.

SECCION TERCERA

DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

Artículo 151.—Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos ó se pondrán bajo el poder y proteccion del cónyuge inocente.

La obligacion de dar alimentos á los hijos, pesará sobre el que dió lugar al divorcio.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 3.ª, tít. XIX, Partida 4.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 20 Abril 1871.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 302 Francia.—284 Holanda.—156 Vaud.—155 Luisiana.—Cap. VII, Novela 117.

COMENTARIO

Los efectos del divorcio trascienden al órden civil; en él se tocan directamente las consecuencias del fallo que declara el divorcio: por eso nos ocupamos de este punto.

El primer efecto del divorcio es tambien el más necesario, la separacion del lecho y del domicilio. A este fin se encamina sobre todo la demanda de divorcio, puesto que sin él á nada conduciría ni nada significaría el divorcio. Este principio no es preciso consignarlo desde el momento en que decimos al art 142, «el divorcio no disuelve el matrimonio; suspende tan sólo la vida comun de los cónyuges.»

Despues de este efecto inmediato, vienen otros de no pequeña importancia.

Los hijos quedarán ó serán puestos bajo el poder y proteccion del cónyuge inocente.

La pérdida de la patria potestad ejercida por el cónyuge culpable que trasfiere íntegra al inocente; hé aquí el primero de los efectos del divorcio ejecutoriado.

Las leyes anteriores á la del Matrimonio civil no llevaban tan allá las consecuencias del divorcio, esto es, el culpable perdía la patria potestad, pero no la adquiría el inocente, porque la madre jámas podía ejercerlos, pero quedaban bajo su guarda y proteccion. Hoy, que el

art. 64 de dicha ley confiere la patria potestad á la madre en defecto del padre, no es admisible que si la pierde por divorcio el marido, sólo adquiera la madre la facultad de ser guardadora. Despues de la ley del Matrimonio, la madre, ó no tiene potestad ninguna, ó la que tiene no es otra que la patria potestad que la ley le confiere.

Otro de los efectos que nacen del divorcio es la obligacion de dar alimentos á los hijos que pesa sobre el cónyuge culpable, justo castigo á su falta y principio racional, si, como ya hemos dicho, no se ha de libertar por ella de ciertas obligaciones, ni ha de colocarse al inocente en situacion peor que la del culpable.

Artículo 152.—El marido que hubiere dado causa para el divorcio, deberá alimentar á su mujer en proporcion á sus facultades y á la clase de la mujer.

ORÍGENES

R. Céd. 22 Marzo 1787.
R. Céd. 18 Marzo 1804.

JURISPRUDENCIA

Sent. 12 Diciembre 1876.
Sent. 24 Octubre 1877.

COMENTARIO

Varias son las reglas que sobre alimentos existen tratándose del divorcio ejecutoriado por fallo de tribunal competente.

Distínguense para ello dos casos: 1.°, que el marido sea el que dió lugar al divorcio: 2.°, que lo sea la mujer. En el primer caso, el marido culpable deberá alimentar á su mujer, proporcionándola todas las comodidades que estén en armonía con la posicion social de ésta, y manteniéndola por tanto en el rango y consideracion de que gozó siempre.

En el segundo caso, la mujer culpable sólo podrá exigir de su marido los alimentos indispensables para la subsistencia, los alimentos puramente *naturales*, segun en otro lugar dijimos.

Esta diferencia está perfectamente motivada. La falta del marido en el primer caso, no ha de hacer descender á la mujer inocente del lugar donde su educacion, sus costumbres, su posicion y la consideracion social la colocaron: la falta del marido no ha de ser para ella fuente de miseria.

En el segundo caso, la mujer culpable no puede ya aspirar á seguir la suerte del marido; ha perdido títulos para acompañarle en sus prosperidades, para seguir su condicion social. La estrechez en que se la deja, no es tan sólo pena de su culpa, es que la ley no puede exigir al marido ofendido que pague la injuria con el desprendimiento y la generosidad.

Pero ¿habrá siempre lugar á la declaracion de alimentos? ¿deberá otorgarlos el marido á la mujer rica? Difícil es de resolver esta pregunta. Como se verá en uno de los artículos siguientes, nuestras leyes disponen que el divorcio ocasionado por adulterio, tiene como consecuencia inmediata la pérdida de todos los bienes de que fuera dueño el cónyuge culpable. Esta ley, que no tenemos noticia se haya practicado nunca, coloca á la mujer en la condicion de pobre necesariamente en el mayor número de los divorcios en que ella sea culpable, por cuya razon podría sustentarse la doctrina de que en todo caso há lugar al otorgamiento de alimentos á favor de la mujer culpable. Pero ya hemos dicho que esta ley no se ha practicado nunca, á lo ménos con toda la extension que ella marca; por lo tanto para contestar á nuestra pregunta no debe tenerse en cuenta.

A nosotros nos parece que siendo la mujer rica, no tendrá derecho á los alimentos siendo ademas culpable, aunque sí cuando sea culpable el marido, bien entendido siempre que el estado de pobreza de éste no sea un obstáculo al cumplimiento de esta obligacion.

La razon de esto la hallamos en que siendo la mujer culpable, el ánimo del legislador es que solamente reciba lo indispensable; pero si es rica, los alimentos no le son indispensables, cesa por tanto la razon de la ley que si le concede alimentos es únicamente porque no perezca. En otro caso, el marido culpable no puede hallarse exento de una carga que sobre él pesaba cuando guardaba á su mujer las atenciones y respetos á que tiene derecho.

¿El marido pobre tiene derecho á alimentos siendo rica su mujer? A nuestro entender, sí. La misma razon debe producir el mismo efecto cuando la ley no dispone expresamente lo contrario.

En cuanto á la alimentacion de la prole, ya hemos dicho que pesa sobre el cónyuge culpable.

En los artículos siguientes se determinan los demas efectos civiles del divorcio.

Artículo 153.—Si fuere la mujer la que

diere lugar al divorcio, no podrá exigir de su marido otros alimentos que los indispensables para la subsistencia.

ORÍGENES

R. Céd. 22 Marzo 1787.
R. Céd. 18 Marzo 1804.

COMENTARIO

Entendemos este precepto en el caso de que la mujer sea pobre y por tanto necesite de tales alimentos para subsistir. La razon de la diferencia entre la doctrina de este artículo y el anterior, la hemos consignado en su comentario, así como el concepto de la ley al conceder á la mujer estos alimentos que los autores conocen bajo el nombre de *naturales*.

Artículo 154.—El divorcio por adulterio produce la pérdida, por parte de la mujer culpable, de todos sus bienes, y su adquisicion por sus hijos, y en su defecto por el marido.

ORÍGENES

Ley 23, tít. XI, Partida 4.ª
Ley 2.ª, tít. VII, lib. IV, Fuero Real.
Ley 5.ª, lib. XII, tít. XXVIII Nov. Rec. (82 Toro).
Ley 1.ª, tít. XXVIII, lib. XII, Nov. Rec.

COMENTARIO

Los efectos del divorcio en relacion á los bienes de los cónyuges son de gran importancia. Sin embargo, nuestra legislacion presenta en este punto más de una oscuridad y confusion.

Las leyes que dejamos enumeradas señalan el principio de que el divorcio por adulterio produce la pérdida por parte del culpable de todos sus bienes y su adquisicion por el cónyuge inocente.

Este principio absoluto está consignado en leyes que no están expresa ni tácitamente derogadas, pero que han caído en desuso; «yo no las he visto explicar ni en cuanto á las personas ni en cuanto á los bienes,» dice el autor de las *Concordancias*.

El no uso de las leyes no excusa su cumplimiento, segun hemos expuesto en el título preliminar, por cuyo motivo no hemos podido prescindir de colocarla en este lugar.

Ademas, es una ley cuyo influjo puede ser eminentemente moralizador, conviene, por lo mismo, que se tenga presente por sí en algun caso sirve de freno á ciertas pasiones.

La ley 82 de Toro que confirma la doctrina de nuestro artículo, dice: «El marido que matare por su propia autoridad al adúltero é á la adúltera, aunque los tome *in fraganti* delito, y sea justamente fecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare, salvo si los matare ó condenare por autoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del Fuero de las leyes que en este caso disponen.»

La ley del Fuero á que se refiere la de Toro dice: «Si mujer desposada derechamente casare con otro ó ficiese adulterio, él y ella, con sus bienes, sean metidos en poder del esposo, asi que sean sus siervos, mas que no los pueda matar; e otrosí de sus bienes que faga lo que quisiere, si ninguno dellos no hubiere fijos derechos,» principio repetido en la Novísima Recopilacion.

Ademas, otra ley del Fuero (1) dice: «si alguna mujer ficiere adulterio, e probado le fuere, pierda las arras si el marido quisiere: e otrosi si la muger se fuere de casa de su marido, e se partiere del por razon de facer adulterio, pierde las arras, maguer no le sea probado que cumplió su voluntad, que quiso por algun embargo, pues que no fincó por ella de lo cumplir.»

De manera que el adulterio de la mujer, segun las leyes que van trascritas y otras muchas reproducidas literal ó sustancialmente en otros cuerpos legales, la priva de todos sus bienes.

Ya hemos dicho que estas leyes están en desuso en cuanto se refieren á la totalidad de los bienes que la mujer posea; pero tienen aplicacion cuando se trata de arras, donaciones esponsalicias y cualesquiera otras que los esposos hayan hecho en el tiempo en que, con arreglo á otras leyes que examinaremos oportunamente, pueden considerarse como válidas.

Nada parece más natural que privar á la mujer de aquellos bienes con que el marido la enriqueció en prueba de su cariño.

Por más que la ley del Fuero no se practique en cuanto á todos los bienes de la mujer, sin duda porque repugna que el marido cubra su deshonra con los bienes del criminal, que parece comprar de este modo su perdon, hay casos en que debe hacerse aplicacion del precepto legal.

(1) Fuero Real, ley 6.ª, tít. II, lib. III.

Cierto que el marido que funda en su deshonra un modo de adquirir no se rebaja ménos que su cónyuge adúltera; pero cuando se trata de la dote confesada ó prometida, parece que el marido debiera hallarse exento de pagar aquello que confesó ó prometió, como prenda de una union que sonreía felicidades, y no como precio á la deslealtad.

Mas si el marido diere muerte á su mujer ó á su cómplice hallándolos *in fraganti*, no podrá ganar los bienes de su esposa, porque entónces su delito le hace indigno de adquirir esos bienes, que se entenderían comprados por la sangre de su víctima. Así lo quieren nuestras leyes.

Pecan éstas de injustas al no consignar idénticos efectos al divorcio, cuando la mujer sea inocente y el marido adúltero.

Cierto que la falta del marido envuelve una trascendencia mucho menor que la de la mujer; pero una vez que por él se da lugar al divorcio, ¿no era lógico, no era justo que fueran idénticos los efectos que produjera respecto á las personas de los cónyuges, su autoridad y sus bienes? La ley de Matrimonio civil se muestra en este punto mucho más justa y equitativa, equiparando cuanto es posible los efectos del divorcio, ora provengan de culpabilidad de la mujer, ora sea el marido el que lo hubiere motivado.

Exprésase en la ley, que los bienes que pierde la adúltera se adquieren por sus hijos; ¿qué hijos? ¿Los nacidos del matrimonio? ¿Los hijos de la mujer provenientes de un matrimonio anterior? ¿Concurriendo los de una y otra clase? ¿Hijos naturales? Nada dice la ley para resolver todas estas dudas que puedan presentarse; «*pero si fijos derechos tubieren ambos ó el uno de ellos, hereden sus bienes*,» dice la ley del Fuero, que es la que da motivo á tanta oscuridad.

Artículo 155.—Ejecutoriado el divorcio se entenderá disuelta la sociedad legal entre los cónyuges.

ORÍGENES

Ley 17, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. III, lib. III, Fuero Real.
Leyes 1.ª y 7.ª, tít. I, lib. V, Fuero Viejo.

COMENTARIO

Con el matrimonio nace la llamada sociedad legal entre los cónyuges, cuyos efectos y organizacion tendremos ocasion de examinar más tarde.

Esta sociedad legal, por cuya virtud son comunes los bienes adquiridos durante el matrimonio, con ciertas y determinadas condiciones, queda disuelta por el divorcio legalmente declarado.

Exigen nuestras leyes para que haya sociedad de gananciales, que los cónyuges *vivan en uno*, frase con la cual se alude al matrimonio legítimo, en tanto que una sentencia no autoriza la separacion perpetua ó temporal de los cónyuges. Mas declarada ésta judicialmente, los cónyuges dejan de vivir en uno y la sociedad legal rota deja de producir efectos. ¿Se anularán los ya causados? Segun la ley del Fuero, por la que la mujer pierde todos sus bienes cometiendo adulterio, es indudable que pierde hasta los bienes que en concepto de gananciales debieran corresponderle. Mas como este principio no se extiende al divorcio producido por el marido, parece que en otro caso los efectos de la sociedad legal anteriores á la declaracion del divorcio no se anulan, y por consiguiente los bienes que en tal concepto se hayan adquirido por la familia, estarán sometidos á las reglas generales que sobre los mismos establecen nuestras leyes.

Para la disolucion de la sociedad legal entienden los autores que es preciso el divorcio perpetuo, no siendo suficiente el temporal á producir tales efectos.

Matienzo y Acebedo exponen que la sociedad legal sólo debe quedar disuelta respecto del cónyuge inocente, cuyos bienes, productos y adquisiciones han de ser exclusivamente de su propiedad; pero en cuanto al culpable debe continuar, y en su consecuencia los frutos de sus bienes, así como las adquisiciones posteriores, han de constituir bienes gananciales, y por lo tanto sujetos á las cargas del matrimonio, y en último caso á su particion por mitad conforme á la Ley 1.ª, tít. III, lib. III, Fuero Real.

El divorcio, ademas de estos efectos que son puramente civiles, tiene efectos penales. Estos efectos no tendrán lugar sinó en virtud de sentencia firme dictada por el tribunal competente y en la forma ordinaria que las leyes prescriban.

Cometen adulterio,—dice el art. 448 del Código penal,—la mujer casada que yace con varon que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque despues se declare nulo el matrimonio.

El adulterio será castigado con la pena de

prision correccional en sus grados medio y máximo.

No se impondrá pena por adulterio sinó en virtud de querella del marido agraviado, no pudiendo deducirla éste sinó contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y siempre que no hubiese consentido el adulterio ó perdonado á cualquiera de ellos.

El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte, en cuyo caso se tendrá tambien por remitida al adúltero.

El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prision correccional en sus grados mínimo y medio. La manceba será castigada con la pena de destierro.

Casi todas las demas causas de divorcio son de tal naturaleza que constituyen delitos comunes, debiendo por consiguiente ser penados con arreglo á lo que para los mismos casos dispone el Código penal, teniendo presente que la circunstancia de ser el autor marido, mujer ó padre, es modificativa de la penalidad con arreglo al mismo Código.

CAPÍTULO II

DE LA DISOLUCION Y NULIDAD DEL MATRIMONIO CANÓNICO

Artículo 156.—El matrimonio conónico no se disuelve sinó por las causas que determinen las leyes de la Iglesia.

ORÍGENES

Ley 13, tít. I, lib. I, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 144 Cód. Cerdeña.—111 Austria.

COMENTARIO

Considerado el matrimonio única y exclusivamente como sacramento, era lógico que todo lo que á la disolucion del mismo tocare, se rigiese por los cánones de la Iglesia católica.

Con arreglo á ellos, pues, el matrimonio se disuelve en tres casos solamente:

1.º Por muerte de uno de los cónyuges, quedando el viudo en libertad de contraer otro matrimonio, pues la Iglesia, aunque no ve con gusto, no condena las segundas nupcias.

2.º Cuando siendo ambos cónyuges infieles, uno de ellos se convierte al cristianismo y el otro le molesta y no quiere habitar con él, ó le excita á apostatar de su religion. Hé aquí las breves palabras con que aplica esta doctrina el señor don Vicente de la Fuente (1), querido profesor que ha sido nuestro.

«El apóstol San Pablo dice terminantemente que si algun cristiano tiene mujer (1) infiel, no la deje si ella consiente habitar pacíficamente con él, y lo mismo enseña respecto á la mujer fiel que tiene marido infiel. Disponiendo para el caso en que la parte infiel se separe, que puede entónces separarse la parte fiel, porque no es justo que el hermano ó hermana se hallen sujetos á servidumbre.

»Graciano manifiesta con arreglo á la doctrina del apóstol, que si el infiel (2) se separa del fiel por odio á la fe cristiana, éste puede sin incurrir en pecado unirse en matrimonio con otra persona; pero el infiel peca contra Dios y contra el matrimonio. Inocencio III, apoyado en igual fundamento, dice: que el vínculo conyugal (3) no se disuelve entre los fieles, aunque uno de ellos haya incurrido en el pecado de herejía: pero si en el caso de que uno de los cónyuges infieles se convierta á la fe, y no quiera la otra parte cohabitar con él sin injuria del Criador ó sin pecado mortal.

»Los teólogos y canonistas están contestes

(1) En su obra de *Disciplina eclesiástica*, pág. 574.

(1) Nam ceteris ego dico, non Dominus. Si quis frater uxorem habet infidelem, et hæc consentit habitare cum illo, non dimittat illam. Et si qua mulier fidelis habet virum infidelem, et hic consentit habitare cum illa, non dimitat virum: Sanctificatus est enim vir infidelis per mulierem fidelem: et sanctificata est mulier infidelis per virum fidelem: alioquim filii vestri inmundi essent, nunc autem sancti sunt. Quod si infidelis discedit, discedat: non enim servituti subjectus est frater aut soror in hujusmodi: in pace autem vocavit nos Deus (1.ª ad Corinth., cap. VII, v. XII, sig.).

(2) C, 2.º quæst 2.ª causa XXIX.

(3) Cap. VII, tit. XIX, lib. IV *Decret.*

acerca de esta materia, lo mismo que los Sumos Pontífices: así que San Pío V declaró que el infiel que tiene muchas mujeres, puede conservar aquélla que se convierta con él á la fe y se bautice, aunque no sea la primera con quien se casó (1); y Gregorio XIII concedió á los misioneros de ciertas regiones, facultad para dispensar á los fieles de uno y otro sexo que habiten en aquellos países, lo mismo que con los siervos convertidos á la fe y casados ántes de haber recibido el bautismo, en cuya virtud los autoriza para que puedan permitirles contraer matrimonio, aunque viva el cónyuge infiel y no se le haya dado conocimiento ó esperado su respuesta acerca de si consiente vivir pacíficamente en el matrimonio sin ofensa de Dios, advirtiendo que este matrimonio nuevamente celebrado no puede disolverse ni rescindirse, aunque despues de haberse celebrado se presente el primer cónyuge y diga que estaba dispuesto á abrazar la religion cristiana, cuya voluntad hubiera dado á conocer en tiempo debido, si le hubiera sido posible, ó que ya había abrazado el cristianismo al verificarse el segundo matrimonio de su consorte.»

Tal es la doctrina sobre la que hemos de hacer algunas observaciones.

La ley de Matrimonio civil, como veremos despues, no admite más que el primer medio de disolucion del matrimonio: de aquí naturalmente nace un conflicto. Al declarar la Iglesia disuelto el matrimonio de dos infieles cuando uno de ellos se convierte al cristianismo y el otro le molesta ó no quiere vivir en su compañía, es claro que ha de referirse al matrimonio celebrado conforme á los ritos de otra religion, en los países en que esto tenga lugar, ó al celebrado civilmente, como sucede en el nuestro. Pues bien, desde el momento en que la ley civil no admite la disolucion por este motivo, resultará que en algun caso un matrimonio indisoluble y valedero civilmente, es disuelto por la Iglesia de tal modo, que pudiendo contraer nuevo matrimonio canónico el cónyuge que abrazó la religion cristiana, se hallará unido con dos vínculos, uno civil, válido con arreglo á la ley civil, y otro canónico, válido con arreglo á las disposiciones canónicas. Mas como esto es imposible, toda vez que nuestras leyes y la moral condenan la bigamia, se nos ocurre preguntar: ante la ley, ¿cuál es el matrimonio válido?

(1) Benedicto XIV, *De syno diœcesana*, lib. VIII, cap. XXI.

Fácil es comprender el cúmulo inmenso de dudas, cuestiones y problemas que de esta contradiccion nacen, no sólo en cuanto á la validez del vínculo, sinó en cuanto á la legitimidad de los hijos, derechos de sucesion, sociedad legal y todo lo demas que es consecuencia de dos matrimonios subsistentes y válidos á un tiempo mismo.

Las disposiciones canónicas son leyes españolas en cuanto se aceptaron como tales por Felipe II; por consiguiente, la contradiccion está entre dos leyes de idéntica fuerza, en apariencia al ménos: ¿cómo se resuelve el conflicto?

Para nosotros es válido el matrimonio primero, fundándonos para ello, entre otras razones, en que si Felipe II admitió las leyes canónicas como leyes del reino, no lo hizo de manera que una ley posterior no pudiese derogar en todo ó en parte esas mismas disposiciones canónicas. La ley del Matrimonio civil anuló por completo la legislacion canónica en este punto, y si bien sus efectos se modificaron en 1875, alcanzan aún á derogar esta causa de disolucion, establecida en los cánones. Por otra parte, si una y otra son leyes del reino, es preciso convenir, ya que entre ellas exista contradiccion, que la posterior deroga á la anterior.

Ademas, el convertido que pasase á segundo matrimonio (canónico) no disuelto el anterior (civil), incurrirá en la pena de los arts. 486 y 494 del Código penal.

En otro lugar hemos censurado el decreto de 9 de Febrero de 1875, por ser contrario á los buenos principios jurídicos, y por el sinnúmero de contradicciones y conflictos que de él nacían. Ahora tocamos otro de los inconvenientes que de él pueden resultar, y por cierto no de los ménos graves. Más adelante tropezaremos con nuevos problemas que emanan de tan desdichado decreto, y entónces tendremos ocasion de confirmar el absurdo legal que envuelve semejante disposicion.

3.° Por la profesion religiosa de uno de los cónyuges, cuando aún no se ha consumado el matrimonio (1) estando en libertad el que queda en el siglo de contraer nuevas nupcias.

El tercer caso de disolucion es la profesion religiosa de uno de los dos cónyuges cuando el matrimonio es rato.

Supongamos que dos infieles contraen matrimonio civil; que despues se convierten ambos

(1) Lib. III. tít. XXXII, cap. VII *Decret.*, y Conc. Trid sess 24.

al cristianismo, y que uno de ellos ingresa en religion cuando aún no se ha consumado el matrimonio: ¿podrá contraer nuevas nupcias el que permaneció en el siglo? El concilio de Trento y los demas cánones citados que establecen esta disolucion, ¿se refieren á los matrimonios canónicos únicamente, ó preténdese disolver tambien los civiles?

En nuestro concepto no, no pudiendo, por lo tanto, tenerse por disuelto tal matrimonio, ni pudiendo el cónyuge que permaneció en el siglo contraer nuevo vínculo matrimonial.

Artículo 157.—Del mismo modo se rige por las leyes de la Iglesia la nulidad del matrimonio canónico, correspondiendo á la autoridad eclesiástica conocer de las demandas que se presenten con este objeto.

ORÍGENES

Ley 13, tít. I, lib. I, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 9.° Cód. Baviera.—189 Nápoles.

COMENTARIO

Tambien la nulidad de los matrimonios canónicos se rige por los cánones de la Iglesia.

Cuando se celebra un matrimonio es preciso que concurran en él ciertas y determinadas condiciones que dejamos expuestas en su lugar correspondiente: al faltar alguna de estas condiciones no hay verdaderamente matrimonio: hay una ficcion, un aspecto de matrimonio; pero en realidad, fundamental y esencialmente no existe, no hay tal union. Cuando esto sucede, el matrimonio no se *anula*, puesto que no hay poder que alcance á destruir lo que no es, sinó que se declara que jamás existió y que lo que parecía union matrimonial, no era sacramento, no era contrato, no era nada.

A esto queda reducida la teoría de nulidad en materia de matrimonios.

Así, pues, cuando las personas que celebraron el matrimonio eran incapaces de contraerlo, ó mediaba entre ellos un impedimento no dispensable, ó no cumplieron los requisitos y formalidades que los cánones marcan, ó hubo error, ó falta de consentimiento, etc., etc., no hubo matrimonio y el tribunal eclesiástico lo declara así.

Por esta razon, estando sujetos los matrimonios á las disposiciones de la Iglesia en cuanto al modo y forma de celebrarlos, del mismo modo que respecto á las condiciones todas que han de revestir, están tambien sometidos á los mismos cánones en cuanto á su nulidad, puesto que ésta supone falta de los requisitos ó formalidades establecidas por los cánones mismos.

Siendo necesario en el matrimonio el consentimiento de los que contraen, ¿será causa de nulidad el error en la persona? Es indudable; la persona en el matrimonio es la esencia. *Consentimiento solo con voluntad de casar face matrimonio entre el varon e la muger.* Y es indudable que habiendo error no hay voluntad de casarse con aquella persona.

Los autores, sin embargo, distinguen dos clases de error, uno en la persona, otro en las condiciones, circunstancias ó cualidades de la persona. ¿Producen ambos el mismo efecto de nulidad? Los mismos autores opinan que el primero de los errores hace nulo el matrimonio, pero no el segundo, y en nuestro concepto esta distincion (que admitimos), tiene por base, no una diferencia esencial doctrinal y técnica ante uno y otro error, sinó razones de interes más práctico, tales como el abuso que podría resultar en caso de admitirse la nulidad por el segundo de los errores y la inmoralidad que á veces resultaria de los motivos del error que se alegaren.

El que se casa en la firmísima creencia de que su cónyuge reune tales ó cuales circunstancias de que carece en absoluto, ha dado su consentimiento por error: esto es cierto; pero si alegase ante los tribunales este error, afirmando, por ejemplo, que él la creía rica ó de buen carácter, etc., resultaría grave escándalo que no es posible consentir.

Con esta materia se relaciona íntimamente la cuestion de las condiciones en el matrimonio, de que nos ocupamos más abajo.

Tampoco consiente el que obra violentado, pues aunque en opinion de los psicólogos la voluntad que no es coercible no puede forzarse como se fuerza la materia, tambien es cierto y admitido que el miedo y la coaccion moral ó física perturba de tal modo las facultades mentales y ejerce tal influjo sobre la voluntad, que ésta parece perder su condicion libre: esto es lo que se llama miedo. Los legisladores no han podido ménos de admitir el miedo como algo que tuerce la voluntad, si bien no lo hace totalmente ni de una manera fatal. *Voluntas, etiamsi coacta, voluntas est*, y por consiguiente

escapa á las asechanzas de toda fuerza y de todo poder exterior. Puede despreciarse la muerte, el dolor, la infamia; pero esto es el heroísmo, y el heroísmo no ha podido señalarse como la regla general. Ademas, conviene tener presente que la *voluntad* no es cosa idéntica á la *intencion*, y que ésta en cuanto supone la facultad de *querer*, es la que verdaderamente da vida al consentimiento y por tanto al matrimonio.

El Código penal, teniendo en cuenta estos mismos principios, consigna el miedo insuperable entre las causas de exencion de responsabilidad.

Pero ¿es suficiente cualquier miedo para que se entienda viciado el consentimiento y nulo el matrimonio? Creemos que no... *Otrosi decimos que* METUS *en latin tanto quiere decir en romance como miedo de muerte, o de tormento del cuerpo, o de perder libertad o las cartas por la que podrie amparar o recibir deshonra porque fincarie en famada; e de tal modo como este o de otro semejante fablan las leyes deste nuestro libro quando dicen que pleito o postura que ome faga por miedo, que non debe valer: ca por tal miedo non tan solamente se mueven a facer... algunas cosas los omes que son flacos, mas aun los fuertes et los poderosos: mas otro miedo que non fuese de tal natura, a que dicen vano, non excusarie al que se obligase por él...* dice la ley 7.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª

El principio sentado por el Código penal de que el miedo sea *insuperable de un mal igual o mayor*, es decir, que establece una relacion de proporcionalidad entre el delito que se comete y el mal con cuya amenaza se nos impulsó á cometerle, no puede tener aplicacion directa al punto de que nos estamos ocupando; pero nos da idea de la magnitud del miedo, en cuya virtud ha de entenderse nulo el matrimonio.

La imbecilidad, la demencia, la monomanía, etc., etc., son otras tantas causas que perturban la razon y vician, por tanto, el consentimiento. De ellas nos hemos ocupado en otro lugar.

Exígense tambien en el matrimonio ciertas formalidades, cuyo defecto anula el matrimonio.

¿Es válido el matrimonio celebrado por procurador? Algunos autores (1) exponen en qué manera tendrá valor el matrimonio celebrado por medio de procurador, para lo cual piden que el poder sea especial, que el apoderado no pueda ser sustituído, y que no haya sido revocado el poder ántes de la celebracion del matrimonio.

Sin embargo, en concepto de algunos (1), la mujer no puede casarse por poderes, en atencion á la debilidad de su sexo, conforme á la ley 5.ª *de ritu nuptiarum: Digesto.*

¿Es válido el matrimonio celebrado por cartas? Sanchez sostiene su validez ántes y despues del Concilio de Trento (obra ántes citada), constituyendo un verdadero sacramento, y sin que pueda imputárseles vicio de clandestinidad, asegurando ademas que se han celebrado y celebran con bastante frecuencia.

Requiere ademas para que haya matrimonio, que se digan ciertas palabras, que prueben claramente la voluntad de los contrayentes. Esto no obstante, no podrá tacharse de nulo un matrimonio porque alguno de los otorgantes estuviese imposibilitado de manifestar con palabra su voluntad, bastando para la validez del vínculo, que el consentimiento se exprese de cualquier otro modo, ó bien por signos que no dejen lugar á duda racional.

Mucho se ha discutido acerca de los matrimonios condicionales. Sostiénese por algunos escritores, que los matrimonios condicionales, es decir, aquellos cuya validez ó nulidad depende de un hecho ó de una circunstancia, posterior ó ignorada de los contrayentes, deben regirse por la condicion misma que les acompaña, siempre que no sea de las que la ley llama *desconvenibles, desaguisadas ó deshonestas.*

Sanchez (2) enumera cinco clases de condiciones: 1.ª, por razon del tiempo si señala un plazo al matrimonio; 2.ª, por imponer al otro cónyuge una obligacion ó gravámen; 3.ª, por expresar la causa que da lugar á la union; 4.ª, por vía de demostracion, como si se dijere te recibó en matrimonio porque eres libre y vírgen, y 5.ª, por un hecho cualquiera ó una circunstancia de cuya realizacion ó existencia se haga depender el matrimonio.

En nuestro sentir, ningun matrimonio puede anularse por el no cumplimiento de una condicion, aunque sí creemos que las condiciones posibles impuestas por un cónyuge al otro deben ser cumplidas, siempre que no sean contrarias á la moral, á los fines del matrimonio ó

(1) Sanchez, *De Matrimonio.* Disp. II, lib. II.

(1) Berardi, t. III, disert. 5.ª
(2) Obra citada, lib. V.

á lo dispuesto en las leyes, teniendo el cónyuge que las impuso accion para reclamar su cumplimiento, pero de ningun modo para pretender la nulidad del vínculo, áun cuando así se pactase en la condicion. En este sentido y refiriéndose á los esponsales, creemos que deben entenderse nuestras leyes y las canónicas acerca de este punto.

De otra manera se introduciría fácilmente la costumbre de poner condiciones á los matrimonios, y es bien seguro que en breve todos estarían en condiciones de anularse y muchos solicitarían la declaracion del tribunal que les autorizase á contraer nuevo vínculo, condicional como el anterior y como el anterior fácilmente nulo.

Artículo 158.—Ejecutoriada la sentencia de nulidad, se observará respecto al cuidado y alimentacion de los hijos, lo dispuesto en el art. 151.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XIX, Partida 4.ª

COMENTARIO

Declarado por sentencia del tribunal competente que el matrimonio de cuya validez se dudaba, es verdaderamente nulo, es claro que no hay vínculo entre los pretendidos cónyuges; pero miéntras el matrimonio se ha creido subsistente, pueden haberse adquirido bienes, puede haber resultado prole y, en una palabra, pueden haberse realizado todos los efectos de un matrimonio que se tenia por valedero. Aquello que pueda reponerse al sér y estado en que se hallaba ántes del matrimonio deberá ser repuesto; pero otras cosas, el nacimiento de la prole, por ejemplo, dan lugar á complicaciones que el legislador ha debido prever y ha previsto.

El matrimonio nulo ha podido contraerse ó de buena fe por parte de ambos cónyuges, ó de buena fe por parte de uno de ellos, ó de mala fe por ambas partes.

Cuando el matrimonio se celebró con buena fe por ambas partes, los efectos del mismo son, como veremos en su lugar, la legitimidad de la prole y todos los demas efectos civiles producidos con anterioridad á la sentencia ejecutoria que declaró su nulidad.

Si la buena fe existe sólo por uno de los cónyuges, los hijos serán legítimos y el matrimonio habrá producido todos sus efectos civiles para éstos y el cónyuge inocente.

Si hubiere habido mala fe por ambas partes, el matrimonio no ha producido efectos civiles y los hijos son ilegítimos.

En cualquiera de los casos es preciso proveer al cuidado, alimentacion y educacion de la prole. Nuestro artículo, conteniendo la doctrina de la ley 3.ª, tít. XIX, Partida 4.ª, dispone que respecto á este punto se observen las mismas reglas que en otro lugar hemos señalado para el caso de divorcio. A él, pues, nos referimos.

De esta manera, los hijos, cuya inocencia debe ser bastante para merecer las atenciones del legislador, no quedan desamparados ni sufren las consecuencias de un acto más ó ménos criminal, en el que hacen siempre el papel de víctimas.

La aplicacion de este precepto corresponde á los tribunales civiles, pues del mismo modo que en el divorcio, existe una completa separacion entre lo que hace relacion al vínculo ó sacramento, y lo que toca solamente á los efectos civiles de la disolucion ó nulidad.

En los artículos siguientes explicaremos los demas efectos puramente civiles de la nulidad del matrimonio.

Artículo 159.—La mujer que de mala fe contrae matrimonio nulo, pierde la dote.

ORÍGENES

Ley 50, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Sabiendo alguna muger que non podria casar con algun home... Si le diese ella alguna cosa por dote, maguer el casamiento se partiese por esta razon, non podria ella demandar aquello que le hubiese dado por dote, nin seria él tenudo degelo tornar: porque face ella muy grande torpedad en casarse con tal home: e este es un caso en que viene la torpedad tan solamente de parte de aquel que da la cosa; dice la ley de Partida.

Decimos respecto á la inobservancia de esta ley, lo mismo que hemos dicho en cuanto á las que hacen perder á la mujer su dote por causa de adulterio.

Entendemos que esta ley no está en práctica, es más, de la misma ley del Matrimonio civil podrían sacarse argumentos para suponerla derogada. Esta opinion particular nuestra, carece de valor, por eso no hallando que dicha ley esté

expresamente corregida por otra, hemos preferido colocarla en este lugar, si bien haciendo esta advertencia para que nadie sea inducido á error. De este modo dejamos sin prejuzgar tan importante cuestion.

El Proyecto de Código (art. 1339) solamente condena al cónyuge que obró de mala fe á la pérdida de los gananciales; pero sin distinguir de sexos, ni extender el efecto de nulidad á la pérdida de la dote.

Y la ley de Matrimonio civil (art. 99) establece el mismo principio, no estableciendo tampoco distincion alguna entre el marido y la mujer.

Juzgamos más equitativa esta disposicion, única que á nuestro entender se observa en la práctica.

Artículo 160.—Cuando el matrimonio nulo se contrajere de mala fe por ambas partes, perderán éstas la dote y las arras en beneficio del fisco, á ménos que los cónyuges sean menores de 25 años, en cuyo caso deberá cada uno devolver la donacion que recibió.

ORÍGENES

Ley 51, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

La ley de Partida que establece este principio dice así: «A sabiendas casando algunos de so vno, seyendo sabidores, tambien el varon como la mujer que auia entre ellos embargo atal, que segund derecho non podrian casar; si cada vno dellos diesse al otro alguna cosa por dote, o por arras, e se partiese el casamiento por razon que era fecho contra derecho: dezimos que estonce non puede ninguno dellos demandar al otro lo que le dió por tal razon como esta, nin lo deue cobrar, porque viene la torpedad de amas las partes; ántes decimos, que deue ser de la Camara del Rey. Fueras ande, si fuessen amos menores de veynte e cinco años, ca estonce, como quier que non vala el casamiento, han escusa por razon de la menor edad para poder cobrar cada vno dellos lo que le dio al otro en dote o en arras. Esso mismo dezimos que seria si tal casamiento como este sobre dicho fiziesen algunos por yerro e non a sabiendas...» etc.

Se necesita, pues, para que tenga lugar lo dispuesto en este artículo, que haya mala fe por ambas partes. Ahora bien, ¿cómo se declara la mala fe? ¿En virtud de un procedimiento especial distinto del juicio de nulidad? ¿En el juicio de nulidad mismo? ¿Por qué tribunal se declarará ser aplicable la ley y, por tanto, se mandará entregar las dotes y arras al fisco?

En nuestro sentir, todo aquello que no se refiere al vínculo, sinó solamente á circunstancias puramente civiles y de efectos civiles tambien, debe estar sometido á la jurisdiccion ordinaria, por lo cual la declaracion de haber existido mala fe ha de hacerse por un tribunal ordinario, y éste será el que declare la aplicacion ó inaplicacion de la ley que comentamos.

¿Quién tiene accion para acudir á los tribunales con la pretension de que se declare la mala fe de los que contrajeron matrimonio? Tampoco lo determina la ley.

¿Podrá, en algun caso, corresponder esta accion á los fiscales, en cuanto representan al Estado y, por tanto, á la Hacienda, interesada en estos asuntos, toda vez que ha de percibir las dotes y arras en alguna ocasion?

El Proyecto de Código no admite en favor del fisco la misma disposicion contenida en esta ley, reforma aceptada por la del Matrimonio civil, y de la cual dice oportunamente Gutierrez: «Nos place esta novedad: la causa del fisco, hoy la Hacienda, es por demas privilegiada. Poca disculpa tienen, sin duda, los que fraudalentamente se casaron; pero si hay razon para separarlos, dudamos que la haya para reducirlos á la miseria.»

PARTE SEGUNDA

DEL DIVORCIO Y DE LA DISOLUCION Y NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DIVORCIO

SECCION PRIMERA

DE LA NATURALEZA Y CAUSAS DEL DIVORCIO

Artículo 161.—El divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida comun de los cónyuges y sus efectos.

ORÍGENES

Art. 83 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 8 Marzo 1816 Francia.—Art. 148 Cód. Italia.—1203 al 1230 Portugal.—111 Austria.—42 Baviera.

COMENTARIO

Idéntico principio dejamos consignado al hablar del matrimonio. La ley del Matrimonio civil, inspirándose en los mismos principios de moral que produjeron las leyes patrias y los cánones vigentes en la materia, ha consignado de igual modo el axioma de la indisolubilidad del matrimonio, del cual se desprende directamente el consignado en el art. 83 de la ley de que nos ocupamos.

Artículo 162.—El conocimiento y decision de todas las cuestiones á que diere márgen la observancia de esta ley, corresponderá á la jurisdiccion civil ordinaria, segun la forma y el modo que se establezcan en las leyes de Enjuiciamiento civil.

Las sentencias y providencias de los tribunales eclesiásticos, sobre todo aquello que se refiera á los matrimonios civiles, no producirán efectos.

ORÍGENES

Disposicion general de la Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 236 Cód. Francia.—141 Cerdeña.—113 Austria.

COMENTARIO

Hemos ya manifestado nuestra opinion, de que sean sometidos á la jurisdiccion de los tribunales civiles ú ordinarios los litigios sobre divorcio, no solamente cuando se admite el matrimonio civil como el único de efectos civiles, sinó áun cuando se admita la legislacion canónica y con arreglo á ella se otorgasen vá mente.

La disposicion contenida en este artículo ha perdido hoy su amplitud, siendo aplicable por lo tanto á los matrimonios que se celebren entre aquellos que ostensiblemente manifiesten no pertenecer á la Religion católica.

Los que se casaron únicamente por la ley de 1870 siendo católicos, ¿tendrán que acudir á los tribunales eclesiásticos para producir sus demandas de divorcio?

De ninguna manera. El decreto de 9 de Febrero de 1875 anuló la ley de 1870 solamente en cuanto á los que hayan contraido ó contraígan matrimonio canónico; pero la ley toda es aplicable «á los que, habiendo contraído consorcio civil, omitieren celebrar matrimonio canónico.»

Así, pues, el artículo que comentamos no se aplicará solamente á los que no pertenezcan ostensiblemente á la Iglesia católica, sinó á los que con anterioridad á 1875 contrajeron matrimonio civil, omitiendo celebrar el canónico.

Artículo 163.—Los cónyuges no podrán divorciarse ni áun por mutuo consentimiento: para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial.

ORÍGENES

Art. 84 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 8 Marzo 1816.—Art. 307 Cód. Francia.—150 Cerdeña.—222 Luisiana.—263 Holanda.—134 Vaud.

JURISPRUDENCIA.

El matrimonio se estima subsistente para todos los efectos civiles, miéntras no haya sentencia firme que autorice la separacion. (Sentencias de 23 Abril y 8 Octubre 1866.)

Véase nuestro comentario al art. 145.

Artículo 164.—El divorcio procederá solamente por las siguientes causas:

Primera. Adulterio de la mujer, no remitido expresa ó tácitamente por el marido.

Segunda. Adulterio del marido con escándalo público ó con abandono completo de la mujer, ó cuando el adúltero tuviere á su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera tambien sido remitido expresa ó tácitamente por la mujer.

Tercera. Malos tratamientos graves de obra ó de palabra inferidos por el marido á la mujer.

Cuarta. Violencia moral ó física ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla á cambiar de religion.

Quinta. Malos tratamientos de obra inferidos á los hijos si pusieren en peligro su vida.

Sexta. Tentativa del marido para prostituir á su mujer, ó la proposicion hecha por aquél á ésta para el mismo objeto.

Sétima. Tentativa del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos, y la complicidad en su corrupcion ó prostitucion.

Octava. Condenacion por sentencia firme de cualquiera de los cónyuges á cadena ó reclusion perpetua.

ORÍGENES

Art. 85 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Enuméranse en este artículo las causas que pueden dar lugar al divorcio. Otras distintas de las consignadas en él no pueden admitirse.

La legislacion canónica establece el adulterio del mismo modo cuando se trata de la mujer que cuando se trata del marido: «*en tales acusaciones como estas, el marido e la muger egualmente deben ser juzgados*» «*apud nos quod non licet fœmini, neque viris licet*» (1).

Todos los Códigos civiles han modificado este principio del mismo modo que el artículo que comentamos.

Los adicionadores de Escriche dicen: «aquí la ley se aparta algo de la moral, ó esa moral que proclama no es la que conocen las naciones cristianas. Los cónyuges están obligados á guardarse fidelidad; el solo hecho de quebrantarla constituye una contravencion á la obligacion, sea el adúltero el marido, sea la adúltera la mujer. Y, sin embargo, el derecho hollado de la mujer no se lo da al divorcio. Si no se acompaña el delito con escándalo ó con circunstancias que lo hagan intolerable, tendrá obligacion de seguir con el esposo infiel, de sufrir sus mentidas caricias, de no poder negarle su lecho profanado, de consolarle, si es necesario, cuando la pasion ilícita, turbada por circunstancias casuales ó por capricho de la manceba, infunda despecho é impaciencia ó fastidio en el corazon de su marido. No ha habido escándalo; se le ha faltado decentemente; no abandona el marido á su mujer legítima, al contrario, búscala para desfogar en ella la ira que le abrasa ó los celos que le consumen; no ha llevado á su cómplice á la casa conyugal, léjos de ello, en mantener á la prostituta en habitacion distinta, gasta parte de su patrimonio: pues bastante mira el Estado por la felicidad y

(1) Cán. 15, cuest. 15, caus. 32.

por los derechos de la mujer siga unida á su marido y sucumba bajo el aborrecido yugo, que así lo dispone la ley que prescinde del precepto moral interno, y solo cuida de que no se falte á las buenas formas sociales.»

Estos ataques á la ley entendemos que no son fundados y que basta leer las anteriores líneas para convencerse de que algo más hay en esta materia que ha motivado en casi todos los Códigos civiles una disposicion análoga.

Si fuera de idéntica importancia y de la misma trascendencia el adulterio cometido por la mujer que el llevado á cabo por el marido, serían ciertísimas las observaciones de los impugnadores de la ley.

Pero como las circunstancias son diversas, como el adulterio de la mujer es de mayor importancia que el del marido, y es así no sólo por el voto de la sociedad, no sólo porque ésta deposita el honor del esposo en manos de la esposa, sin que ésta haga idéntico depósito, no sólo porque la falta de la mujer deshonra al marido, y la de éste casi diviniza á la mujer, sinó porque se confunden las generaciones, la prole legítima y la ilegítima se mezcla, y la perturbacion de la familia es profundísima é irreparable.

Por eso la verdadera injusticia sería que dos hechos desiguales, que dos actos de entidad diversa, tuvieran una misma sancion, una pena misma, y dieran lugar á idénticas acciones.

Así es, que solamente cuando el marido llega al escándalo, solamente cuando tiene á la concubina en la casa comun, se hace su falta de tanta gravedad como la de la mujer, y entónces, igualadas ya las culpas, pueden ser iguales las penas y las demas consecuencias civiles, entre las que se cuenta en primer lugar el divorcio.

Vean, pues, los adicionadores de Escriche, cómo no es que la ley cuide de que no se falte á las buenas formas, sinó que prescindiendo de ellas, pues cuidarse demasiado de ellas es precisamente lo que hacen los defensores de esa pretendida igualdad, va á inspirarse directamente en el precepto moral interno y con arreglo á él formula un precepto aparentemente desigual, en cuyo fondo existe la igualdad más absoluta dentro de lo humano.

La remision expresa ó tácita de la culpa, esto es, su perdon, equivale á una renuncia de la accion que con la falta nace á favor del inocente. La ley concede á este perdon poder bastante para suspender la pena que se está ya cumpliendo, y anula por tanto el efecto del fallo judicial.

Otra de las causas de divorcio que expone la ley, consiste en los malos tratamientos, graves, de obra ó de palabra, inferidos por el marido á la mujer: esto es la sevicia, pero aplicada solamente al marido.

Sobre este particular, objetan los continuadores de Escriche en el mismo diccionario... «no alcanzamos, por qué el marido á quien la mujer maltrate continuamente por debilidad física ó moral, ha de vivir mártir de su matrimonio. Si es que la ley presupone que el marido no puede ser maltratado de obra ni de palabra por un sér más débil, ademas de que en casos bastante frecuentes falta la regla y no es corto el número de mujeres *varonas*, implícitamente autoriza al marido, si es, como de ordinario acontece, el más fuerte, á que para reprimir tales abusos femeninos, ya que el divorcio le está entredicho, ejercite su superíoridad física.»

Dudamos que se presente un caso en que por las violencias físicas ó las injurias graves de la mujer llegue á hacerse insoportable la vida matrimonial. Pero si acaeciese, el Código penal muestra ya correctivo bastante. El divorcio sería demasiado grave. Así lo ha considerado sin duda el legislador. Por otra parte, el hecho no es igual desde el momento en que varían las circunstancias y condiciones, así del que injuria y maltrata como del que sufre la afrenta y la vejacion.

Idéntico principio informa á la causa que se consigna en el párrafo cuarto del artículo de que nos ocupamos. ¿Pero qué violencia moral ó física ha de emplearse por el marido, qué malos tratamientos serán causa bastante para el divorcio? Es imposible fijar una regla general que nos guíe en esta apreciacion. En cada caso lo apreciarán los tribunales.

La ofensa gravísima que á la dignidad y al pudor de la mujer se hace concurriendo la sexta de las causas que enumera la ley, legitima sobradamente la necesidad del divorcio. *Si maritus uxoris castitatis insidiatus, alii etiam adulterandam tentaverit tradere* (Nov. CXVII, cap. IX). En este caso, una ley del Fuero Juzgo permitía á la mujer contraer nuevo matrimonio. (Ley 2.ª, tít. VI, cap. III.)

Las demas causas de divorcio contenidas en este artículo son verdaderas monstruosidades que no deseamos ver con frecuencia practicadas y nunca sin el correctivo que merecen.

En cuanto á la última, la condenacion de uno

de los cónyuges á una pena perpétua, es en parte consecuencia de la pena misma en cuanto priva al condenado del ejercicio de los derechos civiles, y en parte resultado de la necesidad de normalizar, si así puede decirse, la situacion de los hijos y la economía de la familia.

Otros Códigos enumeran algunas causas más de divorcio. Así el de Vaud señala la siguiente causa: «la demencia de uno de los esposos con ciertas restricciones, el abandono por cinco años sin apariencia de regreso ó una enfermedad contagiosa inveterada é incurable.» Nuestras leyes, por el contrario, rechazan semejante causa de divorcio, y la ley 7.ª, tít. II, Partida 4.ª, dice: «Si alguno de los que fuesen casados cegase, ó se ficiese sordo ó contrahecho ó perdiese sus miembros por dolores... etc., por ninguna de estas cosas, nin aunque se ficiese gafo, non debe el uno desamparar al otro; por guardar la fe e la lealtad que se prometieron en el casamiento: ante deben vevir todos en uno, e servir el sano al otro, e proveerle de las cosas que menester le ficieren segun su poder.»

Por último, el Código frances admitió el divorcio por mutuo disentimiento de los cónyuges, y algunos Códigos suizos, como los de Ginebra, Vaud, Zurich, Glaris y Schaffouse, lo admitieron tambien.

Del mismo modo la Iglesia católica admite el divorcio por mutuo disenso de los que lo contrajeron; pero con la condicion de ingresar ambos en religion ú órden sacro aunque haya prole, y á veces puede permanecer uno en el siglo, haciendo voto de castidad perpetua, no habiendo peligro de incontinencia (1).

La ley civil no admite el mutuo disenso como forma ó causa de divorcio, segun en otro lugar hemos dicho.

Tampoco lo admiten los Códigos de Italia (art. 148); Portugal (art. 1203); Rusia (art. 38); Baviera (art. 42), etc., y en Francia misma fué abolido por la ley 8 Mayo 1816.

Art. 165.—El divorcio solamente podrá ser reclamado por el cónyuge inocente.

ORÍGENES

Art. 86 Ley Matr. civ.

JURISPRUDENCIA

Sent. 9 Enero 1873.

SECCION SEGUNDA

DE LAS DISPOSICIONES BRELIMINARES DEL DIVORCIO

Artículo 166.—Admitida la demanda de divorcio ó ántes, si la urgencia del caso lo requiere, se acordará judicialmente:

Primero. La separacion provisional de los cónyuges y el depósito de la mujer.

Segundo. El depósito de los hijos en poder del cónyuge inocente; y si ambos fueren culpables, el nombramiento de tutor y curador de los mismos y su separacion de los padres.

Si las causas que hubieren dado márgen al divorcio fueren la primera, segunda, tercera, cuarta y octava del art. 164 (85 de la Ley Matr. civ.), podrán los padres proveer de comun acuerdo al cuidado y educacion de sus hijos.

Tercero. El señalamiento de alimentos á la mujer y á los hijos que no quedaren en poder del padre.

Cuarto. La adopcion de las disposiciones necesarias para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio perjudique á la mujer en la administracion de sus bienes.

ORÍGENES

Art. 87 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Ya sabemos que alterado profundamente el órden y el modo de ser en una familia, rotos los lazos de afecto y consideracion, que son prenda de paz y felicidad, nacido el delito á que ha de seguir inmediatamente el divorcio, es preciso

(1) San Math., cap. XIX, v. 29.—Cap IV y siguientes, título XXXII, lib. III, *Decret.*

tomar ciertas precauciones y medidas que garanticen la libertad de cada uno de los cónyuges y que al mismo tiempo saquen á salvo los derechos de la prole y los cuidados que deben prodigársele.

A señalar estas medidas preventivas acudiendo al amparo del cónyuge inocente y de los inocentes hijos, está encaminado este artículo.

Lo primero es la separacion de los cónyuges. Entre dos que litigan, entre dos unidos por un lazo aborrecido, la vida comun es imposible ó cuando ménos peligrosa.

Despues el cuidado de los hijos y su alimentacion, y por último, la administracion de los bienes en ciertos casos.

El art. 81 del Proyecto de Código, dice: «dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicio á la mujer.» De manera que segun dicho Proyecto, el marido continúa siendo administrador de todos los bienes hasta que se declare por sentencia firme el divorcio.

¿Podrá con arreglo á nuestro artículo privarse al marido de dicha administracion como disposicion necesaria para evitar la malversacion ó el fraude? A nuestro entender no sólo es posible sinó que será lo procedente en gran número de casos.

SECCION TERCERA

DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

Artículo 167.—La sentencia ejecutoria del divorcio producirá los siguientes efectos:

Primero.—La separacion definitiva de los cónyuges.

Segundo. Quedar ó ser puestos los hijos bajo la potestad y proteccion del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, quedarán bajo la autoridad del tutor ó curador, que se nombrará con arreglo á las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, salvo los casos comprendidos en el núm. 2.° del art. 166 (87 de la Ley de Matr. civ.).

No obstante las disposiciones anteriores, la madre conservará en todo caso á su cuidado á los hijos menores de tres años hasta que cumplan esta edad, á no ser que expresamente se haya dispuesto otra cosa en la sentencia.

Tercero. La privacion por parte del cónyuge culpable miéntras viviere el inocente, de la patria potestad y de los derechos que lleva consigo sobre las personas y bienes de los hijos.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable á recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que hubiere dado márgen al divorcio hubiera sido alguna de las comprendidas en el mencionado núm. 2.° del art. 166 (el 87 Ley Matr. civ.)

Si fuera distinta, se nombrará tutor á los hijos en la forma anteriormente prevenida.

La privacion de la patria potestad y sus derechos no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que tuviere para con sus hijos.

Cuarto. La pérdida por parte del cónyuge culpable, de todo lo que hubiere sido dado ó prometido por el inocente ó por otra persona en consideracion á éste y la conservacion de todo lo recibido por el inocente y el derecho de reclamar desde luégo lo que hubiere sido prometido por el culpable.

Quinto. La separacion de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administracion de los de la mujer, si fuere el marido quien hubiere dado causa al divorcio y la mujer los reclamase.

Sexto. La conservacion, por parte del marido inocente, de la administracion de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho á alimentos.

ORÍGENES

Art. 88 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Este artículo especifica y determina con toda claridad los efectos que produce una sentencia definitiva y ejecutoria de divorcio.

Estos efectos son de tres clases:

1.° Respecto de las personas de los cónyuges.

2.° Respecto de las personas de los hijos.

3.° Respecto de los bienes de los cónyuges.

El primer efecto es la separacion definitiva de los cónyuges, y dice *definitiva*, porque el derecho civil, al contrario de la ley canónica, no admite divorcios temporales.

Respecto de los hijos, pierde la patria potestad sobre ellos el cónyuge culpable, y la adquiere el inocente; mas si ambos fueren culpables, quedarán los hijos bajo la autoridad del tutor ó curador, que se nombrará, al efecto, en el modo y forma que se previene en la ley de Enjuiciamiento civil. Queda subsistente la excepcion á favor de la madre, tratándose de hijos menores de tres años.

Es de advertir, que á la muerte del cónyuge inocente, recuperará ó adquirirá el culpable la patria potestad, y todos los demas derechos que le son anejos, salvo si la causa que hubiere dado lugar al divorcio fuere las de tentativa ó complicidad en prostituir ó corromper á los hijos, malos tratamientos á los mismos, condenacion á pena perpetua, etc., etc. En caso de ser alguno de estos delitos se nombrará un tutor.

La obligacion de alimentar á los hijos no cesa por el divorcio, ni por la pérdida de patria potestad.

En cuanto á los bienes, los efectos del divorcio son:

1.° La pérdida por parte del culpable de todo cuanto ricibió del inocente, sin poder reclamar lo que á éste dió.

2.° La disolucion de la sociedad de gananciales.

3.° La conservacion por parte del marido inocente de la administracion de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho á alimentos.

Tales son los preceptos legales que regulan el nuevo estado, que nace de la declaracion ejecutoria del divorcio.

Estos efectos no cesan sinó por la muerte de uno de los cónyuges; pero queda siempre subsistente el consignado en el párr. III, esto es, la tutoria de los hijos, cuando sean las causas que motivaron el divorcio otras de las que el mismo párrafo señala.

En cuanto á la obligacion de dar alimentos, dice el artículo que «la privacion de la patria potestad y sus derechos, no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que tuviere con sus hijos.»

Artículo 168.—El divorcio y sus efectos cesarán cuando los cónyuges consintieren en volver á reunirse, debiendo poner la reconciliacion en conocimiento del juez ó tribunal que hubiere dictado la sentencia ejecutoria del divorcio.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior, el caso de divorcio sentenciado por las causas 5.ª y 7.ª del art. 164 (85 de la ley).

ORÍGENES

Art. 89 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 272 Cód. Francia.—110 Austria.—223 Nápoles.—271 Holanda.—149 Luisiana.—139 Vaud.—Cap. X, novela CXXXIV.

COMENTARIO

Los tribunales civiles no sentencian divorcios temporales; pero la voluntad de los cónyuges, su reconciliacion, pone término á todos sus efectos.

«Si despues la quisiese perdonar el marido, que lo pueda facer é vivan en uno, é se ayunten carnalmente, como si non fuessen departidos:» dice la ley de Partida, y nada más lógico, pues ademas de poder cada uno renunciar á su derecho, sería anómalo mantener separados á los cónyuges, cuando la voluntad de ellos es perdonarse y volver á la vida comun.

El Código holandes dice: «Se presume que ha habido reconciliacion, cuando el marido cohabita con su mujer, despues de haber dejado el domicilio comun.

La reconciliacion habrá de ponerse en conocimiento del tribunal que hubiere dictado la sentencia ejecutoria de divorcio. Esto podrá en algun caso tener sus inconvenientes, pues pareciendo como que no se entiende bien hecha la reconciliacion, y por lo tanto que cesan los efectos del divorcio, sinó cuando se ha puesto en

conocimiento del tribunal, alguien se abstendrá de hacerlo con objeto de volver á la separacion, si acaso renacieran las causas de divorcio, ó tal vez como una amenaza que sirva de freno á la conducta del otro cónyuge.

En nuestro concepto, no podrá esto tener lugar, porque creemos tan válida la reconciliacion que se comunica al tribunal, como aquella en que se omite hacerlo; solamente que en un caso será preciso probar que real y efectivamente hubo reconciliacion, y en el otro el hecho de haberlo puesto en conocimiento del tribunal, formará una prueba plena é incuestionable.

La razon de este precepto, está (más que en la consideracion de que cada cosa que se anuda ó estrecha, lo sea como se desanudó ó aflojó), en la necesidad de evitar frecuentes reconciliaciones y rupturas de resultados más perniciosos que el divorcio mismo, ademas de que de esta manera ha de ser más estable, y sobre todo, evitará cuestiones sobre legitimidad de la prole, cortándose así la fuente de gravísimos escándalos.

El segundo párrafo del artículo es digno de aplauso. Si el cónyuge inocente perdona una injuria más directamente causada á sus hijos, si de este modo se hace cómplice, si se nos permite la palabra, del delito que el otro cometió, léjos de poderse tener por valedera la reconciliacion, deberían profundizarse los efectos del divorcio, separando los hijos áun del cónyuge inocente.

Con esto queda terminado todo lo que respecto al divorcio se consigna en nuestras leyes. Como se ve, las divergencias que sobre este punto existen entre las dos legislaciones hoy en vigor, no son muchas ni de la mayor importancia, siendo de notar que la puramente civil, aconsejada por las enseñanzas de la experiencia, ha corregido algun defecto de que la anterior adolecía, y en ciertos puntos ha alcanzado una perfeccion mayor.

CAPÍTULO II

DE LA DISOLUCION Y NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL

SECCION PRIMERA

DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO

Artículo 169.—El matrimonio legítimo se disuelve solamente por la muerte de uno de los cónyuges, debidamente probada.

La ausencia prolongada de uno de ellos, con ignorancia de su paradero, no será causa de presuncion de su muerte, á no ser que durare hasta que tuviere cien años de edad el ausente, en cuyo caso se le tendrá por fallecido.

ORÍGENES

Art. 90 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Es tal el culto que rinden nuestras leyes á la indisolubilidad del matrimonio, que se complacen en repetir una y otra vez el mismo principio. Este artículo no es más que la repeticion del primero de la ley del Matrimonio civil.

Solamente la muerte rompe el vínculo. Ya hemos visto que no es tan fuerte y permanente el sacramento, puesto que por las leyes de la Iglesia hay dos medios de disolverlo.

Ni áun la ausencia prolongada autoriza á nuevo matrimonio. Solamente cuando, de vivir el ausente, hubiera de tener cien años, consiente la ley en que se tenga por muerto.

Artículo 170.—El impedimento que, segun las prescripciones de la ley, anula el matrimonio, no será causa para su disolucion

cuando sobreviniere despues de la celebracion del matrimonio.

ORÍGENES

Art. 91 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Los impedimentos en cuya virtud se prohibe el matrimonio ó se anula el ya verificado, han de existir al tiempo de la celebracion; los que sobrevienen despues, no pueden ser tenidos en cuenta.

Esta es la teoría racional y que evita la perturbacion y el desórden en las familias.

SECCION SEGUNDA

DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Artículo 171.—No se reputará válido para los efectos legales:

Primero. El matrimonio que se contrajere por el que carezca de alguna de las circunstancias necesarias de aptitud prescritas en el art. 62 (4.° Ley Matr. civ.), salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del núm. 1.° de dicho artículo.

Segundo. El que se contrajere mediando alguno de los impedimentos establecidos en los núms. 1.° y 2.° del art. 63 (5.° Ley Matrimonio civ.) y en los ocho primeros del artículo 64 (6.° de la misma ley), si no hubieren sido previamente dispensados en los casos en que sea procedente la dispensa.

Tercero. El que no se contrajere con autorizacion del Juez municipal competente y á presencia de dos testigos mayores de edad.

Cuarto. El contraído por error en la persona, por coaccion ó por medio grave que vicien el consentimiento.

Quinto. El contraído por el raptor con la robada, miéntras que ésta se halle en su poder.

Serán, no obstante, válidos los matrimonios á que se refieren los números antecedentes, si hubieren trascurrido seis meses de cohabitacion de los cónyuges, á contar desde que el error se hubiere desvanecido ó la libertad se hubiere recobrado, sin haber reclamado durante aquel tiempo la nulidad.

ORÍGENES

Art. 92 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Al hablar de las causas de nulidad en los matrimonios canónicos, hemos expresado cuáles fueran éstas y en qué fundamento descansaban.

Pequeñas son las diferencias que existen entre unas y otras causas de nulidad, y las que se observan son comprensibles desde luégo, sin necesidad de explicacion.

Determínase ademas que el consentimiento tácito de los cónyuges (manifestado por la cohabitacion durante seis meses contados desde que se desvaneció el error ó se hallare en libertad la raptada) hace válido el matrimonio en los casos que se comprenden en los núms. 4.° y 5.° del mismo artículo. «*Injuriarum actio dissimulatione abolitur*» (1).

En efecto, parece renunciarse el derecho que tenían á reclamar de nulidad, desde el momento en que teniendo conocimiento de su derecho, léjos de ejercitarlo, continúan la vida conyugal. La raptada que hallándose libre continúa en la cohabitacion, demuestra su ánimo de acatar la validez del vínculo que pudo tener nacimiento contra su libre voluntad.

Artículo 172.—En los casos de los números 1.°, 2.° y 3.° del artículo anterior, podrán reclamar la nulidad los cónyuges, el Ministerio fiscal ó cualquiera persona que tuviere interes en ella.

En los casos de los núms. 4.° y 5.° podrá reclamarla solamente el cónyuge que hubiere sufrido el error, la fuerza ó el miedo.

(1) Ley 11, párr. 1.°, tít. X, lib. XLVII, Digesto.

Admitida la demanda de nulidad del matrimonio, se practicarán las diligencias establecidas en el artículo 166 (87 de la ley).

ORÍGENES

Art. 93 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Las causas de nulidad del matrimonio son de dos clases: unas son, por decirlo así, de órden público; la sociedad entera está interesada en que tales matrimonios no se celebren, y que si se celebran sean anulados inmediatamente. Otras interesan solamente á los particulares; aquel que ha sido víctima de ellas es el único interesado. En las primeras compete la accion para reclamar de nulidad á cualquier persona interesada, á los cónyuges y al ministerio público. En las segundas solamente el cónyuge perjudicado por ellas tiene la accion de nulidad.

Esta distincion está perfectamente en armonía con la naturaleza de las causas que en cada caso particular motiva la nulidad del matrimonio.

El último párrafo del artículo no necesita explicacion.

Artículo 173.—Anulado ejecutoriamente el matrimonio, los hijos varones mayores de tres años quedarán al cuidado del padre y las hijas al de la madre, habiendo habido buena fe por parte de ambos cónyuges.

Si la hubo tan sólo por parte de uno de ellos, quedarán los hijos de ambos sexos bajo su poder y á su cuidado.

Pero en todo caso, continuarán al cuidado de la madre los menores de tres años, hasta que cumplan esta edad.

ORÍGENES

Art. 97 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

La sentencia de nulidad crea una situacion nueva para los cónyuges. Todos los efectos del matrimonio malamente contraído, pueden anularse por completo; pero la existencia de la prole no puede subsanarse: por eso el legislador ha tenido necesidad de ocuparse de ella, para lo cual distingue dos casos: 1.°, que haya buena fe por ambas partes: 2.° que exista en uno sólo de los cónyuges.

En el primer caso, el padre cuidará de los varones y la mujer de las hembras.

En el segundo, varones y hembras quedan bajo el poder y cuidado del cónyuge inocente. Mas en todo caso, los hijos menores de tres años, quedarán en poder de la madre hasta que cumplan dicha edad.

Pero ¿y si los dos son culpables? ¿Deberá nombrarse un curador del mismo modo que en caso de divorcio? La ley calla sobre este extremo, sin que atinemos á comprender la causa. Es perfectamente posible que se celebre un matrimonio nulo, en que ambos cónyuges obraren de mala fe; por consiguiente, siendo posible el caso debió preverse.

En nuestro entender, el nombramiento de un curador es lo más procedente.

Artículo 174—Lo dispuesto en el artículo anterior, no tendrá efecto si los padres de comun acuerdo dispusieren otra cosa.

ORÍGENES

Art. 98 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

La voluntad acorde de los padres debe ser respetada cuando éstos obraron de buena fe.

En otro caso, halla Gutierrez poco justificada la excepcion, fundándose en que no hay ó no debe haber acuerdo posible entre cónyuges, uno de los cuales ha procedido de mala fe. Nosotros entendemos que es posible, y más aún, esperamos verlo con frecuencia, que, á pesar de la mala fe de uno de los cónyuges, á pesar del grave desacuerdo que por este concepto pueda nacer, desaparecerá cuando se trate del bienestar y educacion de los hijos, que han de representar una tregua en los disgustos de la familia, y un punto comun de afecciones capaz de llevar el acuerdo allí donde el acuerdo parezca más difícil.

Artículo 175.—La sentencia ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá, respecto de los bienes de los cónyuges, los mismos efectos que la disolucion de aquél por muerte.

El cónyuge que hubiere obrado de mala fe, perderá sin embargo la parte de gananciales; en otro caso le hubiera de corresponder.

ORÍGENES

Art. 99 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Otro de los efectos de la sentencia de nulidad, hace relacion á los bienes de los cónyuges. La disolucion por muerte, produce el efecto de romper la sociedad legal de gananciales, y en cuanto á las arras, dotes, donaciones esponsalicias y *propter nupcias*, los efectos de que nos ocuparemos oportunamente (1). Estos mismos efectos son los producidos por la nulidad en caso de buena fe por parte de ambos cónyuges. La pérdida de los gananciales será la pena impuesta al que obre de mala fe, castigo que, como ya hemos dicho, nos parece más apropiado que el establecido en las leyes anteriores.

Tambien aquí echamos de ménos una disposicion para el caso en que ambos cónyuges obrasen de mala fe. En el art. 160 hemos visto que la ley de Partida, obrando ambos cónyuges con torpedad, pierden sus bienes á favor del fisco, á ménos que sean menores de veinticinco años, en cuyo caso cada uno conservará sus bienes propios.

Esta ley deberá, en último caso, regular los efectos de la nulidad del matrimonio en cuanto á los bienes de los cónyuges que obraron de mala fe, puesto que la del matrimonio civil ha omitido este caso posible.

(1) En el libro III, tít. VII de este Código.

PARTE TERCERA

DISPOSICIONES COMUNES Á LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CANÓNICO Y CIVIL

Artículo 176.—El matrimonio nulo contraído de buena fe por ambos cónyuges, producirá todos sus efectos civiles miéntras subsista, y la legitimidad de los hijos.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIII, Partida 4.ª
Ley 2.ª, tít. XV, Partida 4.ª
Nota del tít. XXVIII, lib. XII, Nov. Rec.
Art. 94 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 201 Cód. Francia.—150 Holanda.—119 Luisiana.—115 Cerdeña.—103 Vaud.—191 Nápoles.—Ley 57, párr. 1.º, tít. II, lib. XXIII, Digesto.

COMENTARIO

Llámase matrimonio *putativo* el contraído mediante una justa causa de nulidad, pero ignorada por los contrayentes. Toma su nombre de la buena fe de los que lo contraen; *putare* es creer, juzgar.

La buena fe hace que el matrimonio produzca todos los efectos civiles del verdadero matrimonio, tanto respecto de los hijos como en lo que se refiere á los esposos y á sus bienes. Los hijos, pues, gozarán de la calidad de legítimos, y tendrán todos los derechos que en tal concepto se precisan por las leyes.

La sociedad de gananciales, las dotes, donaciones, etc., etc., tendrán el mismo carácter que si el matrimonio hubiere sido válido. La declaracion de nulidad equivale en este caso á la muerte, y por consiguiente todos los efectos que en su lugar veremos se producen por la muerte, se causarán tambien en caso de nulidad mediando buena fe por ambas partes.

Es tan racional y lógico el principio que sustenta este artículo, que no esperamos dé lugar á duda racional alguna.

Debemos advertir, sin embargo, que los efectos nacidos del matrimonio putativo dependen única y exclusivamente de la buena fe, y, por tanto, que desde el momento que ésta cesa, cesan tambien aquéllos, y una vez aclarado ó disipado el error, el matrimonio deja de producir sus efectos, y los hijos que se procre en en adelante (en época en que existe ya ma la fe), no podrán considerarse como legítimos. Téngase presente, para no dar demasiada amplitud á este principio, que no se entiende aclarado el error, ni por lo tanto comienzan los efectos de la mala fe, hasta que judicialmente se hace la declaracion de nulidad. Así, los hijos engendrados despues de comenzar el juicio, y ántes de terminarse por sentencia ejecutoria, serán legítimos, pues sólo esta declaracion será suficiente á alejar todas las dudas que tengan los cónyuges.

A pesar de esto, es admisible la prueba en contrario, y por tanto, es perfectamente posible que un matrimonio en que los cónyuges han vivido unidos de buena fe cierto número de años, conozcan el error ó el impedimento, y á pesar de ello, continúen la vida comun, desde cuyo momento el matrimonio deja de producir los efectos que nacían de la buena fe de los cónyuges. Es decir, que en un mismo matrimonio puede existir una época en la que dé por resultado todos los efectos del legítimo, y otra posterior en que sea verdaderamente nulo y no produzca efecto ninguno civil.

El matrimonio que se celebra de mala fe por una ó por ambas partes, por existir un impedimento, ¿llegará á producir efectos civiles, si despues incurriendo en error, creen los cónyuges que no existe ni existió semejante impedimento?

En nuestro concepto, á pesar de decir la ley «el matrimonio nulo *contraído* de buena fe...» con lo cual parece que se exige la buena fe en el momento de contraerlo, el matrimonio en que existe buena fe, si no en la época en que se celebró al ménos en una época posterior, pro-

ducirá los efectos civiles del legítimo todo el tiempo que duró la buena fe.

Artículo 177.—El contraído de buena fe por uno de ellos, lo producirá solamente respecto del cónyuge inocente y de los hijos.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. III, Partida 4.ª
Leyes 50 y 51, tít. XIV, Partida 5.ª
Art. 95 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Véanse las del artículo anterior.

COMENTARIO

Ya hemos dicho que la buena fe es la que únicamente produce ó hace producir efectos civiles al matrimonio nulo. En este concepto, si la buena fe por ambos contrayentes, extiende á los dos los efectos civiles del matrimonio, cuando la buena fe sea patrimonio de uno solo de los cónyuges, él unicamente debe disfrutar de sus resultados, y los hijos que como inocentes no deben salir perjudicados, ántes al contrario, á ellos aprovecha la buena fe del cónyuge inocente.

El cónyuge que de mala fe obró, no tendrá sobre sus hijos el derecho hereditario, ni la patria potestad ni ninguno de los derechos que le son inherentes, aunque no por ello se libertará de ninguna de las obligaciones que nacen de su condicion de padre y como si lo fuere legítimo.

El cónyuge inocente ejercerá la patria potestad, y tendrá bajo su poder los hijos procreados durante el matrimonio, salvo lo dispuesto en otros artículos.

Artículo 178.—La buena fe se presumirá siempre á no probarse lo contrario.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XV, Partida 4.ª
Art. 96 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Véanse las del artículo anterior.

COMENTARIO

Este es un principio universal admitido en todos los Códigos de todo el mundo.

Siempre que se hace una imputacion que directa ó indirectamente perjudica al imputado, la presuncion es contraria á la verdad de la imputacion. Así, tratándose de deudas, la presuncion es de que no existe; tratándose de delitos, se presume la inocencia; tratándose de posesion, se presume la propiedad; tratándose de cualquier acto se presume la buena fe. Una presuncion contraria haría imposible la vida, por el espíritu de sospecha y desconfianza que reinaría en todos sus órdenes.

No era por lo mismo necesario que la ley consignase aquí un principio que es tenido por inconcuso y universal; sin embargo, lo ha recordado y este recuerdo no es inconveniente en cuanto contribuye á dar claridad en un punto que pudiera ofrecer dudas.

La ley de Partida entiende que existe una presuncion *juris et de jure* de mala fe en los matrimonios clandestinos celebrados con vicio de nulidad.

Artículo 179.—La sentencia ejecutoria de nulidad del matrimonio se inscribirá en el Registro civil en que constase su celebracion ó inscripcion.

ORÍGENES

Art. 100 Ley Matr. civ.

COMENTARIO

Establecido el Registro civil con el objeto de que el Estado disponga de un medio de conocer todos los actos privados de los ciudadanos que alteren y modifiquen su capacidad ó su modo de sér, al mismo tiempo que sirva de fuente de fe en todos estos actos, era natural que las ejecutorias de nulidad se inscribieran en el libro correspondiente.

La ley de Registro civil en su artículo 73 dice: «las ejecutorias en que se decrete el divorcio ó se declare nulo un matrimonio... se inscribirán tambien en el Registro en que se hubiere extendido la partida de aquél, poniéndose ademas notas marginales de referencia en uno y otro asiento. Con este objeto, el tribunal que haya dictado la ejecutoria, deberá ponerlo en conocimiento del encargado del Registro en que se deba inscribir, remitiéndole testimonio de ella en relacion,» etc.

La ley no podía referirse más que á las declaraciones de nulidad decretadas por los tri-

bunales civiles, puesto que eran las únicas de verdaderos efectos; pero nosotros creemos que hoy debe tener aplicacion este principio y regla á las ejecutorias de nulidad dictadas por los tribunales eclesiásticos en los asuntos de su exclusiva competencia, y nos fundamos para esto en que la ley del Registro no distinguía de matrimonios, y el ánimo del legislador era hacer extensiva esta obligacion á todas las ejecutorías que produjeran *efectos civiles*, como hoy los producen las dictadas por la jurisdiccion de la Iglesia.

En cuanto á la segunda parte, esto es, á la obligacion que tenga el tribunal sentenciador de poner su fallo en conocimiento del encargado del registro, este precepto es comun al matrimonio canónico y al cívil, como veremos en su lugar (1).

Antes de terminar esta materia queremos consignar aquí que el matrimonio nulo puede convertirse en válido y legítimo en alguna ocasion, como si despues de celebrado desaparece el impedimento en que consistía el vicio de nulidad. Así en el ejemplo que pone Escriche, si un hombre contrae segundo matrimonio con una mujer viviendo la primera, este segundo matrimonio, nulo en virtud del impedimento, se hace válido si muerta la primera mujer quiere la segunda (que ignoraba el impedimento) continuar en la vida matrimonial. (Ley 19, tít. II, Partida 4.ª)

(1) Tít. XIII, cap. III, art. 140.

TÍTULO V

DE LA PATERNIDAD Y FILIACION

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS HIJOS LEGITIMOS

Artículo 180.—Se presumirán hijos legítimos los nacidos despues de los ciento ochenta días siguientes á la celebracion del matrimonio, y ántes de los trescientos siguientes á su disolucion ó á la separacion de los cónyuges.

Contra esta presuncion no se admitirá otra prueba que la de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XIV, Partida 3.ª
Ley 4.ª, tít. XXIII, Partida 4.ª
Art. 56 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 312 Cód. Francia.—305 Holanda.—138 Austria.—159 y 160 Italia.—101 Portugal.—162 Vaud.—19 Prusia.—103 Luisiana.—Ley 6.ª, tít. VI, lib. I, y ley 12, tít. V, lib. I, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Junio 1848.
Sent. 28 Junio 1852.
Sent. 28 Abril 1858.

COMENTARIO

Uno de los efectos de mayor importancia en el matrimonio es la legitimidad de los hijos.

Son hijos legítimos:

1.º Los nacidos de matrimonio *válido.*

2.º Los nacidos de matrimonio *nulo*, con tal que ambos cónyuges ó uno á lo ménos lo contrajeran de buena fe.

3.º Los legitimados por subsiguiente matrimonio.

4.º Los nacidos de matrimonio puramente canónico, en la época en que estos matrimonios no producían efectos civiles.

La legitimidad es fecunda en resultados, como tendremos ocasion de examinar en diversos lugares, y como ya hemos visto al hablar de la obligacion de dar alimentos.

Mas para que un hijo nacido dentro del matrimonio pueda ser considerado como legítimo, es preciso que reuna ciertas y determinadas condiciones; tales son las exigidas por el artículo que comentamos, faltando las cuales la ilegitimidad se presume sin necesidad de ulteriores pruebas.

Quién sea el padre de un niño no es cosa demostrable exactamente. Los misterios de la generacion son insondables para la ciencia: no ha hallado ésta medio alguno que pueda comprobar la paternidad. En este caso ha sido preciso sentar una presuncion: «el padre de un niño es el que debe serlo legalmente.» *Pater est quem justæ nuptiæ demostrant* (1), dice el Derecho Romano.

Contra esta presuncion caben dos pruebas únicamente:

1.ª Que el nacido lo sea ántes de los 180 días siguientes á la celebracion del matrimonio ó

(1) Ley 5.ª, tít. IV, lib. II, Digesto.

despues de los 300 de su disolucion ó separacion de los cónyuges.

2.ª La imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

Para que el hijo se repute legítimo es preciso, no que nazca *en el* matrimonio, sinó *del* matrimonio; así, uno que nazca estando su madre casada, no será legítimo si no reune ademas las circunstancias del primer párrafo del artículo.

Pero ¿cuándo podemos afirmar que nace *del* matrimonio? Esta cuestion pertenece toda entera á la medicina legal y queda reducida á estos términos: será legítimo el que nazca ántes del tiempo mínimo de gestacion y el nacido ántes del tiempo máximo señalado para la misma, á contar, en el primer caso, desde la fecha del matrimonio, y en el segundo desde su disolucion.

Cuál sea este tiempo, entendemos que no es cosa tan absoluta que pueda fijarse sin posibilidad de equivocacion, ántes al contrario en más de una ocasion el caso práctico ha desmentido las observaciones de la ciencia.

El Derecho Romano establecia que: *de eo autem, qui centesi motoctogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit... justo tempore videre natum...; septima mense nosci perfectum partum, jam receptum est propter autocritatem doctissimi Hippocrates; et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium* esse (1), y las Partidas han repetido: *que la criatura que naciere fasta en los siete meses, que solo que tenga su nacimiento un dia del septeno mes es cumplida e vividera. E debe ser tenuda por legitima del padre e de la madre que seran casados e vivian en uno a la sazon que la concibió.*

Como se ve, confúndese aquí la viabilidad con la legitimidad, pareciendo como que son una cosa misma, cuando en realidad es posible una criatura viable ilegítima, y una legítima no viable.

En cuanto al tiempo máximo, *post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitiman hæreditatem,* decia el Derecho Romano; *si la nascencia de la criatura tañe un dia del onceno mes despues de la muerte del padre, no debe ser contada por su hijo*, añade la ley de Partida.

De modo que el hijo nacido ántes de aquel plazo ó despues de éste, no se reputa engendrado en el matrimonio, ni por lo tanto resultado de él.

Sin embargo, el nacido ántes de los 180 días de celebrado el matrimonio, será tenido como legítimo en tres casos: 1.º, si el marido tuvo conocimiento de la preñez anterior al matrimonio, porque no es de suponer que se hubiera casado á sabiendas con una mujer embarazada de otro; 2.º, si reconoce por su hijo al nacido, y 3.º, si el nacido ántes de los 180 días era abortivo, esto es, de organizacion bastante imperfecta por no haber tenido 180 días de gestacion.

Cuando una viuda queda en cinta, el hijo ha de nacer ántes de los 300 días siguientes á la muerte del marido para que pueda considerarse como legítimo: mas aunque nazca despues, se considerará como legítimo, si la viuda, apénas acaecida la muerte de su marido se apresuró á poner en conocimiento de los parientes del mismo su estado de preñez, á fin de que éstos puedan tomar las precauciones necesarias para evitar el fraude; en cuyo caso, justificada la preñez á la época de la muerte del marido, será legítimo el hijo áun cuando nazca despues de los 300 días.

Escriche suscita una duda que vamos á trascribir.

Sucede,—dice,—no pocas veces que apénas ha fallecido el marido, cuando ya la viuda presurosa corre á segundas nupcias, y ántes de los diez meses desde el fallecimiento, pare un hijo que segun las reglas relativas á la duracion posible de la gestacion, puede suponerse fruto tanto del primer matrimonio como del segundo. Supongamos, por ejemplo, que la mujer se vuelve á casar un mes despues de la muerte de su marido y que pare á los siete, á los ocho y áun á los nueve de la celebracion del segundo matrimonio: ¿á cuál de los dos maridos habrá de atribuirse la paternidad? ¿Al primero ó al segundo?

De muy diversos modos se ha procurado solventar esta grave dificultad. Unos piensan que este hijo, de orígen dudoso, pertenece á los dos maridos: que debe ser mantenido y criado por ambos, y que tiene derecho á la sucesion del uno y del otro, como si fuese posible ser hijo de dos padres.

Otros dan al hijo que llega á la edad de la razon, la facultad de elegir por padre al prime-

(1) Ley 3.ª, párr. 12, tít. XVI, lib. XXXVIII, y 12, tít. V, lib. I, Digesto

ro ó al segundo marido de su madre, segun más le acomode; y así se halla ordenado en las leyes inglesas. Pero semejante sistema es contrario á la naturaleza de las cosas y al espíritu de las leyes. La paternidad es obra de la naturaleza y no efecto del capricho ni de los cálculos de la vanidad ó del interes. En el órden de la naturaleza el padre se da un hijo; y en este sistema el hijo se daría un padre, de modo que el efecto produciría la causa.

Hay quienes pretenden que, vista la incertidumbre de la filiacion, no debe pertenecer el hijo á ninguno de los dos maridos, ni ser admitido á la sucesion del uno ni del otro. Mas ¿cómo desconocer y desechar así á un hijo que pudo ser concebido durante un matrimonio legítimo, sea el primero ó el segundo, y que seguramente nació bajo el velo de uno de ellos?

No faltan quienes juzguen que debe estarse al dicho de la madre, ni quienes prefieran la decision de la suerte: Bartolo impugna aquella opinion y ésta no merece que nos detengamos en ella.

Algunos recurren á la semejanza y atribuyen el hijo á aquel de los dos maridos á quien más se parezca física ó moralmente; pero si la naturaleza reproduce alguna vez en los hijos los rasgos, las inclinaciones, la complexion, el carácter, el genio y los talentos de los padres, los hace con más frecuencia desemejantes en todas estas relaciones.

Sostienen muchos que debe darse el hijo al segundo marido, cuando se presume que el primero, por su edad demasiado avanzada ó por la enfermedad que le llevó al sepulcro, no pudo haber cohabitado con su mujer en los últimos tiempos de su vida. Y todavía se empeñan varios en que, no sólo en el citado caso de enfermedad ó decrepitud del primer marido, sino áun en el de haber muerto repentinamente en la flor de su edad es más conforme á los principios del Derecho que el segundo se cargue con el hijo, ya porque efectivamente puede mirarle como suyo en habiendo llegado la gestacion al sétimo mes del matrimonio, ya porque no deja de inspirar ciertas sospechas aquel intempestivo apresuramiento por casarse, segun las observaciones de los canonistas *in cap. cum haberet de eo qui duxit in matrimonium quam polluit adulterium.*

El jurisconsulto Carranza, en su obra titulada *Disputatio de vera humani partus naturalis et legitimi designatione*, despues de sentar que el parto más regular y perfecto es el que sucede al principio del décimo mes, luégo el que se verifica en el noveno, despues el del sétimo y por fin el octavo, establece las reglas siguientes: El hijo,—dice,—que para el primer marido es decimestre (ó sea diezmesino), y para el segundo es nonomestre ó septimestre (ó sea nueve y sietemesino), debe pertenecer al primero; y lo mismo ha de decirse si para el primero fuere nonomestre y septimestre ú octomestre, para el segundo. Si siendo sietemesino para los dos lo fuere para el primero de doscientos diez días poco más ó ménos, y para el segundo de ciento ochenta solamente, debe presumirse hijo del primero. Lo contrario habrá de juzgarse si siendo diezmesino para ambos, lo fuere de trescientos días poco más ó ménos para el primero y de doscientos ochenta ó dos ó tres días más ó ménos para el segundo, pues entónces á este último es á quien debe darse, como igualmente en el caso de que sea octomesino para el muerto y sietemesino para el vivo. Finalmente, si con respecto al primer marido fuere oncemesino, y con respecto al segundo diezmesino, el segundo será indudablemente quien deba ser tenido por padre.»

Escriche sigue una opinion muy parecida á ésta, y dice... «Verificándose el parto en el octavo ó en el noveno mes de su segundo matrimonio, es más fuerte la presuncion de paternidad á favor del segundo marido, principalmente si podía sospecharse que el primero, por vejez, ausencia ó enfermedad no había cohabitado con su mujer en los últimos momentos de su existencia. En igualdad de circunstancias parece que debe atribuirse el hijo al segundo marido, quien tiene ademas en su favor el hecho de haber acaecido el nacimiento en su matrimonio.»

Hemos dicho que la segunda prueba que puede hacerse contra la legitimidad del nacido consiste en la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los 120 días primeros de los 300 que hubieren precedido al nacimiento del hijo.

Esta imposibilidad física puede consistir en la ausencia del marido, por impotencia ó por enfermedad.

La ausencia está aceptada por todos los Códigos como causa de ilegitimidad. A la ausencia se equipara la separacion ó incomunicacion de los cónyuges, como si alguno de ellos estuviere preso, de tal modo que no pueda tener acceso con el otro; mas en este caso deben ser muy previsores los tribunales.

La impotencia para la procreacion cabe dentro de las palabras de nuestra ley. Sin embargo, el Código frances (art. 313) dice que el marido no puede, alegando su impotencia natural, desconocer al hijo, y Duveyrier explica este artículo diciendo, que «no se concibe sin repugnancia el cinismo imprudente del hombre que se atreviera á descubrir su impotencia y su infamia para deshonrar á su compañera y su víctima al mismo tiempo, porque es de observar que en este caso la mujer habría sido la primera víctima de ese hombre impotente, que se ha presentado al matrimonio con todas las esperanzas de la paternidad.»

Nuestras leyes, inspiradas en el Derecho Romano (1), admiten la impotencia física como prueba de ilegitimidad de la prole.

El Código portugues (art. 105) no admite la impotencia posterior como causa de ilegitimidad. El italiano (art. 164) dice que el marido no puede negarse al reconocimiento del hijo alegando impotencia, á no ser que se trate de impotencia manifiesta.

El Código bávaro admite (art. 9.°, cap. IV, part. 1.ª) la impotencia. Y los Códigos de Holanda y de Vaud concuerdan con el art. 313 frances.

Tal es lo más esencial que hemos creído necesario consignar como comentario al importante artículo de que nos hemos ocupado.

En los artículos siguientes se desenvuelve esta doctrina.

Artículo 181.—El hijo se presumirá legítimo aunque la madre hubiere declarado contra su legitimidad ó hubiere sido condenada por adúltera.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XIV, Partida 3.ª
Art. 57 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Ley 11, párr. 9.°, tít. V, lib. XLVIII, Digesto.—Ley 29, párr. 1.°, tít. III, lib. XXII, Digesto.

COMENTARIO

«El misterio,—dice la exposicion de motivos de la ley,—en que se envuelve la generacion, misterio que la misma madre no puede penetrar; el peligro de que el marido ofendido en su honra pudiera abusar de la debilidad de su mujer culpable, arrancándole una confesion que no se podía saber si tenia de verdadera más que el reconocimiento de la falta cometida, y el derecho sagrado del inocente hijo, cuyo estado civil no debe hallarse á merced de las pasiones de sus padres, son las razones que justifican esta disposicion.»

«*Non utique crimen adulterii quod mulieri objicitur infanti præjudicat, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse* (1). *Nec obsit professio a matre irata facta*,» dice el Derecho Romano.

Y la ley de Partida, confirmando esta doctrina, repite: «Si pudiere ser probado por los vecinos del lugar que el fijo de alguna muger que dijese tales palabras como sobredichas son, naciera de ella, seyendo casada con aquel marido, e non habiendo el marido estado alongado della tanto tiempo que pudiesen verdaderamente, segun natura, sospechar que el fijo fuera dotri, por tales palabras que el padre *ó la madre* dijesen, non debe el fijo ser desheredado, nin le empece en ninguna manera.»

Segun, pues, lo que se dispone en nuestras leyes, de conformidad con todos los precedentes, el adulterio no es causa bastante para suponer la ilegitimidad del nacido, y ni áun lo es el adulterio unido á la confesion de la mujer, porque esta declaracion es tenida como insensata, hija de la locura ó del odio, y que de ninguna manera puede perjudicar al hijo.

La declaracion de la madre no es sólo una confesion que á ella perjudique, sinó que daña al nacido; por eso esta confesion, que podrá ser suficiente para declarar probado el adulterio, no lo es para declarar la ilegitimidad, contra la que no se admiten más excepciones que las enumeradas en el comentario anterior.

La madre podrá pretender arrastrar consigo al hijo cuando ella se deshonra, pero la ley no lo consiente de ninguna manera.

Artículo 182.—Se presumirá ilegítimo el hijo nacido en los ciento ochenta días siguientes á la celebracion del matrimonio, á no ser que concurriese alguna de las circunstancias siguientes:

(1) *Mihi videtur si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa: vel si a valetudine paterfamilias fuit, est generare non possit: hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.*—Ley 6.ª, tít. VI, lib. I, Digesto.

(1) Ley 11, párr. 9.ª, tít. V, lib. XLVIII, y Ley 29, párr. 1, tít. III, lib XXII, Digesto.

Primera. Haber sabido el marido ántes de casarse el embarazo de su mujer.

Segunda. Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiere dado á luz.

Tercera. Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.

Se entenderá que lo ha reconocido como suyo si ha dejado trascurrir dos meses, á contar desde que tuvo noticia del nacimiento, sin hacer la reclamacion.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XV, Partida 4.ª
Art. 58 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 314 Cód. Francia.—309 Holanda.—102 Portugal.—161 Italia.—155 Austria.—164 Vaud.—209 Luisiana.

COMENTARIO

En uno de los precedentes artículos hemos dicho que era legítimo el nacido despues de los 180 días siguientes á la celebracion del matrimonio, de lo cual se infería lógicamente que el nacido ántes de este tiempo no podía gozar de la consideracion de legitimidad. Este es el principio general. Mas luégo hay excepciones perfectamente justificadas, como se ve en este artículo.

De estas excepciones, algo hemos dicho en los artículos anteriores. Si el marido conoce ántes de contraer matrimonio que su mujer se halla en cinta, lo presumible es que sea suyo el hijo: de otro modo, no se comprende que consumara el matrimonio.

Lo mismo decimos si ha consentido, estando presente, que se pusiera su apellido al nacido al extenderse la partida de nacimiento, ó si expresa ó tácitamente lo ha reconocido por suyo.

Contra la legitimidad del nacido ántes de los 180 días siguientes á la celebracion del matrimonio, cuyo padre tenía conocimiento del embarazo anterior al matrimonio, ¿podrá alegarse la imposibilidad física para tener acceso con la madre, en los términos que dejamos consignados en el artículo? ¿Podrá el marido desconocer al nacido ántes de los 180 días, cuando él tenía conocimiento del embarazo anterior al mismo matrimonio, alegando para ello la impotencia, la ausencia ó la enfermedad?

A nuestro entender, el solo hecho de haber conocido el embarazo anterior al matrimonio, no hace al nacido de mejor condicion que al que nace despues de los 180 días, contra la legitimidad del cual se admite la prueba ántes indicada, áun cuando conste que el marido conocía el embarazo de su mujer.

Mas cuando lo ha reconocido por suyo expresa ó tácitamente ó ha consentido que se le pusiere su apellido ó ha dejado trascurrir dos meses á contar desde que tuvo noticia del nacimiento sin hacer reclamacion ninguna, entónces la presuncion de legitimidad se convierte en certeza, y contra ella no será admisible alegacion ni prueba de ninguna clase.

¿Qué deberá entenderse por estar presente el marido? Puede esta palabra hacer referencia á dos cosas: ó á la ausencia del lugar ó pueblo del nacimiento, ó á la ausencia del local en que la partida de nacimiento se extienda. En nuestro concepto, la ley ha querido referirse á la ausencia primera, esto es, á la que tiene lugar cuando el marido habita, aunque sea accidentalmente, en poblacion diversa de aquella en que acaeció el nacimiento.

En el caso en que el nacido ántes de los 180 días no sea reconocido por el marido ni el embarazo sea anterior á la celebracion del matrimonio, es porque (así lo dice la ciencia) no ha tenido tiempo bastante de gestacion, por cuya causa no es vividero sinó abortivo, y por lo tanto no llenará las condiciones que enumeraremos en el art. 184, no teniéndose por nacido para los efectos de la ley, no hay necesidad ni posibilidad siquiera de calificarlo de legítimo ni de ilegítimo, es simplemente *no nacido*.

Artículo 183.—El marido ó sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo que la mujer de aquél hubiere dado á luz despues de trascurridos trescientos días de la disolucion del matrimonio ó de la separacion legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre podrán tambien justificar en tal caso la paternidad del marido.

ORÍGENES

Art. 59 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 317 Cód. Francia.—159 Austria.—167 Italia.—108 Portugal.—211 Luisiana.—167 Vaud.

COMENTARIO

El que nace despues del tiempo máximo de gestacion se presume no legítimo; por eso el marido ó sus herederos pueden desconocerle.

Mas no son pocos los casos en que ha habido *partos retrasados*, es decir, casos en que la gestacion ha durado mayor tiempo del que la experiencia ha señalado como ordinario. En estos casos, el hijo se tendrá por legítimo siempre que su madre haya llenado los requisitos que se previenen en la ley 3.ª, tít. VI, lib. III del Fuero Real, que dice así: «Si el que muriere dexare su muger preñada, e no hobiere otros fijos, los parientes más propinquos del muerto en uno con la muger escriban los bienes del muerto ante el Alcalde: e tengalos la muger, e si despues nasciere fijo ó fija, e fuere baptizado, haya todos los bienes del padre: e porque no se pueda facer engaño en la nascencia del fijo, o de la fija, el Alcalde con los parientes sobredichos pongan las mugeres buenas, al menos que estén delante a la nascencia con lumbre: y no entre otra muger a aquella hora fuera aquella que la hobiere a servir a la aparicion: y esta sea bien catada, que no pueda facer engaño: e si la criatura muriere ante que sea baptizada, hereden su buena los parientes mas propinquos del padre, e non de la madre,» etc., etc.

Con esta ley conviene la 17, tít. VI, Partida 6.ª

Gregorio Lopez observa en la glosa primera á esta ley, que no estaba en práctica, á lo ménos en su tiempo, que la mujer participase á los parientes más próximos de su difunto marido el estado de embarazo en que habia quedado, á no ser que los mismos parientes pidiesen que ella así lo declarase.

En la actualidad, la ley dice: «Pero el hijo y su madre podrán tambien justificar en tal caso la paternidad del marido»; por manera que queda la madre en libertad de adoptar el medio de prueba de que hablan las leyes del Fuero y las Partidas ú otro cualquiera que sea procedente; mas como quiera que este género de prueba es difícil, entendemos que el más eficaz ha de ser el consignado en las leyes antiguas, si bien no practicado con el rigor y minuciosidad que en las mismas se determina, sinó en la forma más adecuada á lo que exigen el decoro y nuestras costumbres, con tal que sea garantía firme contra el engaño y el fraude.

Artículo 184.—Para los efectos civiles no se reputará nacido el hijo que no hubiere nacido con figura humana, y que no viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XXIII, z 8.ª, tít. XXXIII, Partida 4.ª

Ley 20, tít. II, Partida 6.ª

Ley 2.ª, tít. V, lib. X, Nov. Rec. (13 de Toro).

Art. 60 Ley prov. Matr. civ.

COMENTARIO

La cuestion de viabilidad ha sido de las que han merecido más serios y prolongados debates. Los diversos principios que en esta materia fijaron los fueros y las leyes de Partida, dieron lugar á multitud de dudas para cuya resolucion se dió la ley 13 de Toro.

Dice ésta: «Por evitar muchas dubdas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recien nascidos sobre si son naturalmente nascidos ó son abortivos, mandamos que el tal fijo se diga no abortivo cuando nació vivo todo, e que a lo menos, despues de nacido, vivió veinticuatro horas naturales, e fue bautizado antes que muriese, de otro modo es abortivo e no puede heredar...» Esta ley no terminó todas las dudas que ántes de ella se discutían; al contrario, ha sido grave motivo de controversia que debía entenderse por *vivo todo*, pues en tanto que unos, cortando la frase, entendían que había de nacer *todo* y nacer *vivo*, otros creen que ha de nacer *todo vivo*, otros creen que estas palabras hacían referencia á que estuviese la criatura completamente separada de la madre, en cuyo sentido ha venido á resolver la cuestion la ley del Matrimonio civil al decir *que hubiere nacido con figura humana, enteramente desprendido del seno materno*.

Tambien se ha discutido con este motivo sobre el tiempo que podía juzgarse mínimo y máximo de gestacion.

En otro lugar hemos dicho que la ciencia ha señalado los siete y los diez meses (180 y 300 días) como términos de la vida intrauterina.

En la actualidad, la mayor parte de estas cuestiones han perdido su importancia despues de las declaraciones claras y terminantes de la ley del Matrimonio civil.

Para esta ley es completamente indiferente que el nacido sea de todo tiempo ó sea producto de un parto adelantado; en uno y otro caso, si reune las demas condiciones de este artículo, se

tendrá por nacido y no por abortivo, áun cuando las veinticuatro horas de vida se logren, por decirlo así, artificialmente, por carecer el niño de condiciones para el desarrollo y vida.

En realidad, ésta no es la verdad científica, porque debe tenerse por *viable* el que nace con las condiciones necesarias para la vida, siquiera no viva ni áun las veinticuatro horas por cualquier incidente, y debe ser considerado *no viable* aquel que carece de estas mismas condiciones de vida, por más que la casualidad ó el artificio le prolonguen su ficticia existencia por veinticuatro ó más horas. En una palabra, la viabilidad consiste, no en el tiempo que se vive, sinó en la organizacion física, á propósito ó no para la existencia.

Pero esto no es posible dentro de la ley, porque equivaldría á señalar la inseguridad como norma, y entregar al débil juicio de una ciencia imperfectísima, los más sagrados intereses de la familia. Por eso la ley no exige vida mayor de veinticuatro horas.

El sér apénas engendrado es ya capaz de adquirir derechos, es ya nacido para todo aquello que le favorece, de manera que parece un contrasentido que siendo capaz de derechos, haya un período de su vida (desde el momento del parto hasta las veinticuatro horas del mismo) en que no es persona, no tiene derechos, no los adquiere, y no los trasmite por tanto.

Este contrasentido tiene su natural explicacion en la necesidad de establecer una distincion entre el *abortivo* que *no es*, y el *natural* que *es* verdadera persona, verdadero sér; ¿cómo establecer esta distincion? El que nace muerto, el que nace con tan exigua vida que no puede alentar veinticuatro horas, ese no existe, no debe contarse en el número de las personas, no ha nacido, jamas existió; por consiguiente, si jamas existió, no existió tampoco en el seno de la madre, no pudo adquirir derechos. Si la ley le concede que pueda adquirir derechos, es en la presuncion de que vive; pero si un hecho posterior demuestra que la presuncion no era fundada, que el niño no tenía vida, ó ésta era exigua, entónces no puede tener aplicacion el precepto de la ley.

En cuanto á la circunstancia de tener figura humana, está de acuerdo este artículo con los precedentes romanos (Leyes 12 y 14, tít. V, libs. I y CXXXV; tít. XVI, lib. L, Digesto) y con la Ley 5.ª, tít. XXIII, Partida 4.ª, y la 8.ª, tít. XXXIII de la misma Partida: *como si oviesen cabeza o otros miembros de bestia*: pero la carencia de algun miembro ó su duplicidad *no los empesce*.

Artículo 185.—Para los efectos civiles se reputará nacido el engendrado que en su día llene los requisitos del artículo anterior, siempre que se trate de su utilidad, mas no cuando por esta consideracion haya de provenirle algun daño.

ORÍGENES

Leyes 3.ª y 5.ª, tít. XXIII, Partida 4.ª

COMENTARIO

El engendrado no es, como algunos han pretendido, una parte de las entrañas de la madre, *pars viscerum matris*, sinó un sér con vida y que ha de tener necesidades. Por eso la ley no ha podido desatenderlo.

De aquí nace toda la teoría de póstumos, fecunda en resultados, así de órden civil como penal. El póstumo, esto es, el que nace despues de la muerte de su padre, no podria tener derecho alguno á la herencia, ni siquiera á los alimentos si sólo desde el instante de su nacimiento fuere capaz de adquirir derechos, lo cual supondría una odiosa desigualdad en el caso de tener otros hermanos, y una crueldad siempre; pues como dice Gutierrez: «habria sido injunto privar de ellos al que naciere despues de la muerte del padre, ya bastante desgraciado con haberle perdido».

Qui sunt in utero, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodis et utilitate agitur: este es el principio general que rige en la materia y que la ley de Partida acepta con estas palabras: «Demientra que estuviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, a se diga, a pro de ella aprovéchase ende, bien así como si fuese nascida; mas lo que fuese dicho o fecho a daño de su persona o de sus cosas, no le empesce.»

Así, pues, el concebido adquiere todos los derechos que lleva consigo la filiacion, como son los alimentos, la legítima, etc.; es capaz de adquirir en virtud de una donacion, no sólo de sus parientes, sinó de los extraños. Por eso el póstumo rompe el testamento en que fué preferido. Tampoco puede ser desheredado. Sus derechos se extienden á la herencia del abuelo siempre que fuese concebido ántes de la muerte de éste; mas aunque lo sea despues, tendrá derecho á los honores, dignidades, etc., heredi-

tarios y que corresponden á la familia más bien que á la persona: tambien tendrá derecho á los retractos legítimos ó de abolengo y á la sustitucion fideicomisaria en ciertos casos.

Tambien disponia una ley del Fuero Real (3.ª, tít. VI, lib. III,) que la viuda que hubiere quedado en cinta debe conservar y administrar los bienes de su difunto esposo que puedan constituir la legítima del póstumo; y la ley 16, tít. VI, Partida 6.ª, ordena que durante este tiempo no pueda y áun cuando solamente se dudare sobre el estado de preñez, no puede el hermano ni otro pariente del difunto entrar en la herencia, sinó que debe esperarse al parto ó á que se desvanezca toda sospecha de preñez. Estas leyes, sin embargo, han dejado de cumplirse en más de una ocasion.

La viuda tiene por esto mismo derecho á alimentos que se suponen suministrados al hijo.

CAPÍTULO II

DE LAS PRUEBAS DE LA FILIACION DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS

Artículo 186.—La legitimidad del hijo se probará:

Primero. Por la partida de su nacimiento consignada en el Registro civil.

Segundo. Por la posesion constante del estado de legitimidad.

Tercero. Por testigos, con tal que hubiere un principio de prueba documental, ó indicios que constaren desde luégo, siendo éstos tales que con la prueba testifical bastaren para probar la legitimidad.

ORÍGENES

Art. 61 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 319 y 320 Cód. Francia.—170, 171 y 174 Italia.—144 Portugal.—91 Rusia.—158 y 159 Cerdeña.—9.º Baviera.—168 y 169 Vaud.—212 y 213 Luisiana.—Ley 9.ª, tít. IV, lib. V, Código.

COMENTARIO

La partida de nacimiento, en la que con aquiescencia y conocimiento del padre se hace constar su paternidad, es la prueba más fehaciente de la legitimidad del hijo. Debe tenerse presente que la partida de nacimiento consignada en el Registro civil solamente es exigible á los nacidos despues de 1870, y que en cuanto á los demas bastará la partida de bautismo expedida por el correspondiente párroco en la forma acostumbrada.

A falta de partida de nacimiento ó bautismal se tendrá por justificada la legitimidad con la posesion constante de este estado.

¿Cómo se acredita esta posesion constante del estado de legitimidad?

El Proyecto de Código decía que se «acredita por una reunion de circunstancias que concurran á probarla, tales como el uso constante del apellido del padre con anuencia de éste, y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público». Desde el momento en que no sea posible fijar de una manera taxativa en qué hechos pueda basarse la posesion constante del estado de legitimidad, nos parece impropio de una ley el casuismo del Proyecto de Código. La apreciacion judicial puede únicamente señalar en qué consista.

En cuanto á la prueba testifical, ha de ir siempre acompañada de un principio de prueba documental ó indicios; de otro modo será ineficaz.

El peligro que podría resultar de someter exclusivamente á la débil prueba de testigos un hecho de tanta importancia como la legitimidad, justifica el recelo y la precaucion de los legisladores.

Si hubiere prueba documental plena, pero distinta de la partida de nacimiento, ¿se tendrá por suficiente, ó habrán de concurrir testigos?

A nuestro entender, aunque la ley no enumera la prueba documental como suficiente, ha de bastar por sí sola, autorizándonos á sustentar esta opinion la redaccion del párr. 3.º del artículo que comentamos.

Artículo 187.—Es imprescriptible la accion que compete al hijo para reclamar su legitimidad, y se trasmitirá á sus herederos si hubiere muerto ántes del quinto año de su mayor edad, ó despues dejando entablada la accion.

ORÍGENES

Ley 23, tít. XI, Partida 7.ª
Art. 62 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 130, 328 y 329 Cód. Francia.—324 Holanda.—175 y 177 Vaud.—168 y 170 Cerdeña.—Ley 1.ª, tít. X, lib. XCVII, Digesto.

COMENTARIO

Dice oportunamente Goyena: «La severidad de las pruebas en establecer la filiacion legítima, se compensa con la libertad de reclamarla en todo tiempo; la ley, por honrar más el matrimonio, hace aquí una excepcion á las reglas generales sobre la prescripcion. Ademas, el objeto de ésta es que la propiedad no quede siempre incierta; y para que el estado civil deje de ser incierto, es necesario que pueda siempre reclamarse. La prescripcion sólo tiene lugar en las cosas que están en el comercio de los hombres, es decir, que pueden ser compradas y vendidas: el estado civil no está en el comercio ni es enajenable.»

Pero si la prescripcion no tiene lugar tratándose de la raclamacion que directamente haya de entablarse por el hijo, la ley no ha creído que podía sancionar el mismo principio cuando muera sin haber entablado la accion correspondiente, ó despues de los 30 años de edad.

CAPÍTULO III

DE LA LEGITIMACION

Artículo 188.—Los hijos ilegítimos se legitiman por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no podrán legitimarse los hijos adulterinos.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.
Ley 1.ª, tít. XIII, Partida 4.ª
Ley 2.ª, tít. XV, Partida 4.ª.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 331 Cód. Francia.—327 Holanda.—178 Vaud.

COMENTARIO

La condicion de paternidad y los derechos de la legitimidad se adquieren tambien por la legitimacion. *Tan gran fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre e la madre son casados, se facen por ende los fijos legítimos*, dice la ley de Partida en armonía con los cánones de la Iglesia y con la doctrina de muchos Códigos.

Casándose los padres, los hijos se hacen legítimos; de aquí se infiere que, cuando los padres no pueden celebrar matrimonio, los hijos no son legitimables.

Resulta, pues, que hay hijos que pueden legitimarse, y otros á los cuales está vedado este favor.

Que los hijos de padres que de ningun modo pueden contraer matrimonio no son legitimables en la forma que se previene en este artículo, es tan racional y tan obvio, que no merece explicacion. Si solamente el subsiguiente matrimonio legitima los hijos, es claro que aquéllos que no lo celebran válidamente, siquiera sea por imposibilidad ajena á su deseo, no legitiman su prole. Así, el nacido de la union de un padre y su hija, ó de dos hermanos, etc., no pueden legitimarse.

Los hijos se clasifican en legítimos é ilegítimos, segun que nacen ó no de matrimonio.

Los hijos ilegítimos, llamados tambien bastardos, si bien con poca propiedad, se dividen en naturales y expúreos, y estos últimos en incestuosos, adulterinos, sacrílegos y manceres.

Del hijo natural nos ocupamos en el artículo

siguiente. El incestuoso es el habido entre personas unidas por el parentesco de consanguinidad, y áun de afinidad. Se distinguen con la palabra *nefario* cuando ha sido habido entre ascendientes y descendientes.

El adulterino es el habido de adulterio.

¿Y qué es el adulterio? «Yerro que home face á sabiendas yaciendo con mujer casada ó desposada con otro.» «Cometen adulterio, dice nuestro Código penal, la mujer casada que yace con varon que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque despues se declare nulo el matrimonio.» De manera que no cometen adulterio:

1.° El hombre casado que yace con mujer soltera ó viuda.

2.° La mujer soltera ó viuda que yace con hombre casado.

Y 3.° El hombre que yace con mujer casada ignorando que lo es.

Parece, por consiguiente, que los hijos que provengan de estas uniones no deben ser adulterinos; mas, sin embargo, la ley 2.ª, tít. XV, Partida 4.ª, llama *fechos en adulterio* los hijos procreados por un hombre casado y su barragana.

Sacrílego es el habido entre personas que al tiempo de la concepcion estaban ligadas, á lo ménos una, con voto solemne de castidad, profesion religiosa ú órden sacro.

Manceres son los nacidos de prostitutas.

Ademas de estas diversas clases de hijos de que nuestras leyes se ocupan, hay otros que pertenecen á la categoría de ilegítimos, y que no tienen denominacion especial, como, por ejemplo, el engendrado por la viuda, hallándose ya en el estado de viudez, y nacido ántes de los trescientos dias de disuelto el matrimonio, pues ni se ha engendrado en adulterio, ni ha nacido en época en que pueda considerarse como natural; y el nacido de la pupila y los descendientes del tutor en época en que no había recaído aprobacion de cuentas ni había sido autorizado el matrimonio por el padre conforme á la ley.

Enumeradas ya todas las clases de hijos ilegítimos, creemos inútil discutir, como lo hacen algunos autores, si es legitimable cada uno de ellos.

En nuestra opinion, puede sentarse una regla general para resolver todas las cuestiones que sobre este punto se presenten, haciendo no obstante una excepcion.

Creemos que siempre que los padres celebren entre sí matrimonio legítimo, bien porque así lo autoricen las leyes, bien porque obtengan dispensa siquiera sea especial; los hijos habidos con anterioridad quedan legitimados. Por consiguiente, son legitimables todos aquellos hijos cuyos padres puedan contraer matrimonio válido.

La excepcion es la siguiente: los hijos adulterinos no pueden legitimarse ni áun por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

A pesar de la claridad de la regla que dejamos consignada, podrá preguntársenos: ¿el hijo *mancer* es legitimable? Creemos que no, pues aunque la prostituta puede contraer matrimonio, es indispensable para que éste dé por resultado la legitimacion, que se celebre entre el padre y la madre, y en el caso presente, la madre es cierta, pero no puede afirmarse que lo sea el padre.

En una palabra, la prostituta que se case con el padre del hijo que haya dado á luz, haría legítimo al hijo siempre que pudiese probar la paternidad; mas como siendo prostituta no es posible de ningun modo señalar al padre, de aquí que este hijo no pueda legitimarse.

El reconocimiento hecho por el marido, tampoco produce efecto ninguno por lo mismo que no hay pruebas de la paternidad, y la confesion de lo que no es cierto, no debe tenerse por válida, sobre todo si hay perjuicio de tercero.

¿Quedarán legitimados los hijos de dos personas cuyo subsiguiente matrimonio resulta putativo? Entendemos que sí, pues si existió buena fe al contraer el matrimonio, es claro que esa misma buena fe existió ó pudo existir cuando procrearon; por consiguiente, siendo legítimos los nacidos en el matrimonio putativo, deben serlo los nacidos con anterioridad, por la razon general en que se funda la legitimacion.

Este principio, comunmente aceptado cuando la buena fe existe por ambos cónyuges (Escriche, tomo III, pág. 77), ha merecido seria impugnacion, cuando la buena fe no existe más que por una sola de las partes, como en el caso de que una mujer soltera procreara un hijo con un hombre casado al que ella tenía por soltero y con el cual se casa más tarde subsistiendo el primer matrimonio.

M. d'Aguesseau, Molina, Covarrubias, Sarmiento y otros, creen que este hijo no será legitimado, porque no existirá buena fe ni es posible suponerla en los que viven ilícitamente y porque las consecuencias del adulterio que cometieron deben sufrirlas, siquiera no las hubiesen previsto ni podido calcular.

Nosotros, fundándonos en la opinion de respetables jurisconsultos, como Basilio, Ponce y otros, entendemos que la procreacion hecha de buena fe, siquiera ésta no exista más que por una parte, no es sacrílega, ni incestuosa, ni adulterina, pues como dice Pothier, sin mala fe no se comete adulterio, *adulterium sine dolo malo non committitur*, y por consiguiente, si la buena fe ha existido al tiempo de la procreacion y se ratifica celebrando un matrimonio putativo, el hijo debe ser legitimado.

¿De qué condicion disfrutará el engendrado en adulterio y nacido cuando sus padres habían contraído matrimonio válido? Escriche entiende que este hijo es ilegítimo, porque fué concebido en la ilegitimidad y no sobreviene un acontecimiento que le exima de esta mancha.

Llamas, por el contrario, sostiene que nadie más que el padre tiene derecho á desconocer al hijo nacido ántes del tiempo; celebrado el matrimonio, es preciso respetar el primer derecho de los cónyuges, que es reconocer, tener por suyo el fruto de su union.

Participamos de la misma opinion que Llamas, porque todo hijo nacido *dentro* del matrimonio debe reputarse nacido *de él*, salvo el derecho exclusivo que el padre tiene á impugnar la legitimidad.

Artículo 189.—Los hijos naturales podrán legitimarse ademas por gracia otorgada por el Rey.

Se reputará hijo natural el nacido de padres que, al tiempo de la concepcion ó del parto, podían contraer entre sí matrimonio, justamente y sin dispensa, con tal que el padre lo reconozca por su hijo.

ORÍGENES

Ley 17, tít. VI, lib. III, Fuero Real.
Ley 4.ª, tít. XV, Partida 4.ª
Ley 1.ª, tít. V, lib. X, Nov. Rec. (Ley 11 de Toro.)
Ley 14 Abril 1838.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 171 Cód. Cerdeña.—165 Austria.—27 Prusia.

JURISPRUDENCIA

La calidad de hijo natural ha de fundarse necesariamente en el reconocimiento del padre, espontánea y legalmente probado, ó en caso de omision y resistencia, en una ejecutoria solemne que así lo declare (Sent. 16 Abril 1864): y no basta para justificarla la simple partida de bautismo (Sent. 28 Junio 1864).

La ley 11 de Toro no exige que el reconocimiento sea expreso, ni ántes de ella lo exigía otra alguna; pues la ley 7.ª, tít. XXII, cap. IV, Fuero Real, tiene por objeto en la fórmula que sanciona, como lo patentizan sus mismas palabras, no el reconocimiento, sinó la adopcion de los hijos naturales, estén ó no á la sazon reconocidos como tales (Sent. 8 Octubre 1853).

La ley 11 de Toro no exige que exista el hijo natural, cuyo reconocimiento y declaracion se solicite (Sent. 12 Marzo 1866).

Debe reputarse por hijo natural el que ha sido reconocido como tal por su madre, viuda al tiempo de la concepcion y del nacimiento, expresando haberlo tenido de persona libre, é instituyéndole ademas en su testamento su heredero universal (Sent. 4 Abril 1865).

No es cierto el principio de que fuera del matrimonio y del concubinato habido dentro de la propia casa, no es lícito, ni áun posible, inquirir, ni hacer civilmente averiguaciones sobre la paternidad; porque nuestras leyes y la práctica constante de los tribunales autorizan la investigacion civil de aquélla en todos los demas casos que las mismas determinan (Sentencia 16 Octubre 1865).

El reconocimiento puede ser tácito, con tal que se acredite por cualquiera de los medios probatorios que el derecho establece (Sent. 13 Junio 1863, 2 Marzo, 4 y 20 Abril, 30 Junio, 16 Setiembre, 9 Octubre 1865 y 11 Junio 1870).

Si bien la ley de Toro no señala prueba ninguna especial para acreditar el reconocimiento que el padre debe hacer de su hijo natural, para poder ser éste declarado tal exige, sí, que este reconocimiento sea cumplido (Sent. 21 Mayo 1877).

COMENTARIO

Por Derecho Romano, y áun por nuestra legislacion de Partidas, se admitía, ademas de la legitimacion *per subsequens matrimonium*, la verificada por rescripto del príncipe y por oblacion á curia.

Hoy estas clases de legitimacion no tienen lugar, y solamente se conserva el rescripto real como una de las gracias al sacar, tratándose de hijos naturales.

Solamente, pues, el hijo natural podrá ser legitimado de este modo.

Mas para ello es preciso que el padre lo reconozca por su hijo.

La ley 11 de Toro define de esta manera los hijos naturales... «ordenamos e mandamos que estonce se digan ser los fijos naturales, cuando al tiempo que nascieren ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su fijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo huvo en su casa, ni sea una sola, ca concurriendo en el fijo las calidades susodichas, mandamos que sea fijo natural.»

Dictada esta ley con objeto de resolver grandes dudas á que daban lugar disposiciones anteriores, creó á su vez problemas y dificultades, sobre las que se han escrito gruesos volúmenes.

Gutierrez señala á esta ley cuatro defectos: 1.°, la eleccion de los dos tiempos, pudiendo elegir el de la concepcion ó el del parto para calificar al hijo; 2.°, siendo dispensables ciertos impedimentos, no había para qué exagerar esta excepcion; 3.°, sin tanto rodeo pudiera haberse dicho que donde no existe el cuncubinato es natural cualquier hijo tenido en mujer soltera, y 4.°, la indicacion del reconocimiento, no diciendo en qué ha de consistir ni cómo se verifica, es insuficiente.

Desde luégo estamos de acuerdo con este parecer, en cuanto se refiere al segundo y cuarto de los defectos enunciados, pues teniendo presente la indicacion de Gutierrez, se ampliaría el concepto de hijos naturales, y cabrían dentro de esta denominacion muchos de los que hoy se hallan excluidos por haber impedimento dispensable entre sus padres para contraer matrimonio, como los incestuosos en ciertos casos. Señalar de qué modo ha de hacerse ó en qué ha de consistir el reconocimiento, tambien nos parece muy conveniente.

Mas en cuanto al primero de los defectos que enumera Gutierrez, entendemos que es preferible que pueda atenderse á cualquiera de los dos tiempos, y más aún, tampoco tendríamos inconveniente en que ampliara á un momento cualquiera de la gestacion, á semejanza de lo que sucedía en Roma con la esclava, que era un momento libre, pues sobre no hallar en esto inconveniente de ningun género, siempre es ventajoso: tal es, á lo ménos, nuestra opinion; ampliar cuanto sea posible la calificacion de hijos naturales disminuyendo, por lo tanto, los demas ilegítimos que son de peor condicion. En este punto creemos que debe estarse á lo más favorable para el nacido, siempre que con ello no resulte el escándalo, como no resulta de la ley ni áun ampliándola en el sentido ántes indicado, pues no creemos, como Gutierrez, que con esta ley haya posibilidad de que merezca el título de natural un hijo adulterino, como veremos más tarde. Y decimos que debiera ampliarse la ley en el sentido de considerar natural á aquel cuyos padres pudieron casarse en un momento cualquiera de la gestacion, siquiera el matrimonio fuere imposible en la época de la concepcion y del parto: 1.°, porque de este modo se favorece al nacido, á lo cual debe caminar la ley, y 2.°, porque los hijos que se hallan en estas circunstancias, quédanse en una situacion excepcional. Supongamos que un hijo adoptivo y un descendiente legítimo del adoptante engendran un hijo, es decir, que en el momento de la concepcion los padres no pueden contraer matrimonio: se rompe poco despues la adopcion, y desaparece por tanto el impedimento, mas en la época en que nace el hijo, el padre ha contraido matrimonio con tercera persona: ¿cómo apellidaremos este hijo? ¿Qué denominacion le da la ley? ¿No sería cuando ménos equitativo que se considerase como natural?

En cuanto al tercer defecto que delata Gutierrez, tampoco estamos conforme con su parecer. Declarar que todo hijo de mujer soltera es natural, equivale á que tomen esta denominacion los incestuosos, los sacrílegos, los manceres, y lo que es aún peor, los adulterinos en ciertos casos.

Uno de los puntos que ha merecido más larga controversia á propósito de la ley de Toro, es, si con arreglo á ella podría considerarse natural el hijo engendrado en adulterio, pero nacido en la viudez. La ley de Toro y la de Partida parecen hallarse en contradiccion.

Esta declara adulterino al hijo que proviene de adulterio, aquélla considera natural á todo nacido en época en que sus padres podrían contraer matrimonio. Sobre este punto la contienda ha sido tan extensa y tan prolija, que ni áun en extracto permiten las dimensiones de esta obra que enumeremos las principales alegaciones hechas por los que sustentaban ideas opuestas.

Nada hemos de decir sobre esta controversia, porque á nuestro entender carece por completo de la importancia que se la ha atribuido y por lo ménos en la actualidad no tienen ninguna.

El hijo engendrado en adulterio y nacido en

la viudez es adulterino; así lo exige el principio sentado en la ley de Partida, y su doctrina no está en contradiccion con la ley de Toro.

Para que este hijo pudiera ser tenido por natural, sería preciso que en el momento en que nació, hubieran podido sus padres contraer matrimonio justamente y sin dispensa, mas como esto no era posible, el nacido no es natural, sinó adulterino.

Las palabras *justamente sin dispensacion* han sido interpretadas de diverso modo; pero de cualquier manera es preciso admitir que no son un pleonasmo, y por consiguiente, que la palabra *sin dispensacion* indica un concepto distinto del expresado en la palabra *justamente*. ¿Qué quiere decir justamente? Cervántes entiende que hace relacion á lo lícito para el fuero interno, y Llamas opina lo contrario; mas una y otra doctrina caben en estas palabras de Justiniano: *Justas autem nupcias interes cives romani contrahunt qui sequndium precepta legum cœunt*, y por consiguiente no es posible afirmar que pueda contraerse *justamente* un matrimonio, cuya celebracion constituya un delito, por más que no exista impedimento alguno.

Ahora bien; los padres del engendrado en adulterio y nacido en la viudez, podrán casarse canónicamente *sin dispensa* con arreglo á la ley Recopilada; pero la mujer cometerá el delito previsto y penado en el art. 490 del Código penal: no podrán pues celebrar matrimonio lícito y *justo*; el hijo por lo tanto no será natural, sinó adulterino.

Como consecuencia de esta doctrina, que nos parece la verdadera, son inmotivadas las observaciones de Escriche al decir que el hijo adulterino es de mejor condicion que el incestuoso, y que éste «quedará para siempre sumido en la ignominia, sin poder arribar á la clase de natural, y sin derecho á heredar á su padre, aunque la culpa de que es fruto, culpa que á nadie tal vez causó agravio ni alarma, se haya lavado con la dispensa pontificia,» pues no solamente es imposible que el engendrado en adulterio se convierta en natural, sinó que tampoco es cierto que el incestuoso no lave su mancha cuando la licencia pontificia autoriza el matrimonio y éste, con efecto, se celebra (véase nuestro artículo anterior).

Tratándose del matrimonio civil, hay una razon ademas de la ya consignada, y es que en el art. 5.° de la ley se establece un impedimento para la viuda ántes de los trescientos un dias de disuelto ó anulado el matrimonio anterior.

En cuanto al engendrado en adulterio, pero nacido despues de contraído el segundo matrimonio, respetos y consideraciones de otra índole nos hacen participar de la opinion de Llamas, como hemos dicho en el artículo precedente.

¿Qué consideracion debe merecer el hijo engendrado en la viudez y nacido ántes de los trescientos días de disuelto el primer matrimonio?

¿Cuál será la del engendrado por la pupila y el hijo del tutor, y nacido ántes de la rendicion de cuentas de éste?

¿Cuál la del engendrado por el tutor y su pupila en el caso de que el padre no hubiese dejado autorizado el matrimonio?

¿Qué nombre recibirá el engendrado entre el adoptado y el hijo del adoptante y nacido en tiempo en que subsistía la adopcion?

La situacion de cada uno de estos hijos envuelve un problema de la mayor trascendencia.

Enemigos de que la sociedad lea en la frente del inocente niño una palabra infamante que denuncie un delito que solamente cometieron sus padres, deseamos vivamente que nuestra legislacion sufra grandes reformas en este punto, encaminadas todas á borrar una pena que el Código ha rechazado, pero que la sociedad conserva, uniendo siempre á la suerte de una criatura el estigma de su nacimiento.

Hacer de peor condicion al hijo para atormentar al padre, como alguien ha sostenido, nos parece sencillamente un absurdo; equivaldría á ajusticiar al hijo de un ladron para que éste expiase con este dolor los crímenes que se le imputan.

«Con tal que el padre le reconozca por su hijo,» dice la ley.

Este reconocimiento, ¿ha de ser voluntario? ¿Puede ser forzoso? ¿Ha de ser expreso? ¿Bastará que sea tácito?

A falta de precepto legal que termine estas dudas, véase en el lugar correspondiente lo resuelto por la jurisprudencia.

Artículo 190.—Los hijos legitimados son iguales á los legítimos para todos los efectos legales, salvo lo que respecto á los legitimados por rescripto se dispone en el cap. III, tít. II, lib. III, de este Código.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIII, Partida 4.ª
Ley 4.ª, tít. XV, Partida 4.ª

Ley 7.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (12 de Toro.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 333 Cód. Francia.—119 al 122 Portugal.—331 al 334 Holanda.—219 Luisiana.—180 Vaud.—161 Austria.

JURISPRUDENCIA

Sent. 24 Abril 1861.
Sent. 17 Junio 1861.
Sent. 12 Noviembre 1864.
Sent. 20 Junio 1865.

COMENTARIO

Tan gran fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre e la madre son casados, se facen por ende los fijos legítimos. Estas palabras de la ley de Partida reasumen, por decirlo así, el concepto en que se colocan los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio.

La legitimacion es una ficcion y un remedio. Una ficcion, en cuanto que por ella se presumen nacidos de matrimonio los que en verdad se engendraron y nacieron fuera de él. Es un remedio, porque supone el arrepentimiento eficaz de una falta cometida.

Como ficcion, es hija de la necesidad: como remedio, obedece á la santa idea de borrar por el arrepentimiento las consecuencias del pecado.

El matrimonio, por consiguiente, confiere todos los derechos de los hijos legítimos á los hijos que hemos denominado legitimados. Los efectos de esta legitimidad adquirida, comienzan á contarse desde la fecha de la legitimacion y no desde el nacimiento de los hijos.

En cuanto á los legitimados por rescripto real, se hacen tambien legítimos; mas en cuanto á las herencias, rigen disposiciones especiales que explicaremos en su lugar correspondiente.

Por último, y para concluír con esta materia, diremos que la ley 4.ª, tit. XXXVII, lib. VII, Nov. Rec., dispone «que, todos los expósitos de ambos sexos, existentes y futuros, así los que hayan expuesto en las inclusas ó casas de caridad, como los que lo hayan sido ó fueren en cualquier otro paraje, y no tengan padres conocidos, sean tenidos por legitimados por la real autoridad, y por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepcion, no obstante que en alguna ó algunas reales disposiciones se hayan exceptuado algunos casos, ó excluído de la legitimacion civil para algunos efectos.»

CAPÌTULO IV

DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES

Artículo 191.—El padre puede reconocer como hijo natural al que reuna las condiciones enumeradas en el párrafo segundo del art. 189.

ORÍGENES

Ley 7.ª tít. XV, Partida 4.ª
Ley 1.ª tít. V, lib. X, Nov. Rec. (11 de Toro).

JURISPRUDENCIA

La ley 11 de Toro no exige para la declaracion de hijo natural el reconocimiento de la madre, requiriéndose sólo el del padre (Sent. 30 Junio 1865).

Tampoco exige la ley que exista el hijo natural cuyo reconocimiento y declaracion se solicito (Sent. 12 Marzo 1866).

No obsta á la prueba de la filiacion la declaracion contraria de la que se supone madre (Sent. 30 Junio 1865).

El reconocimiento del hijo natural puede ser tácito con tal que se acredite cumplidamente por cualquiera de los medios probatorios que el derecho establece (Sents. 8 Febrero 1853, 13 Junio 1862, 24 Febrero y 7 Octubre 1865, 11 Junio 1870, 5 Enero, 20 Abril 1871, 23 Marzo 1872 y 21 Mayo 1877).

Es lícita la investigacion civil de la paternidad. (Sent. 16 Octubre 1865).

En el caso de omision ó de resistencia del reconocimiento, ha de fundarse la calidad de hijo natural ó su filiacion en la declaracion solemne de una ejecutoria (Sents. 16 Abril y 28 Junio 1864).

El reconocimiento de hijo natural puesto por

notá en un libro sacramental despues de haber trascurrido tiempo desde que se extendió la partida de bautismo y verificado sin un précepto legal de la autoridad competente, es un acto puramente civil para cuya justificacion no se hallan establecidos los libros sacramentales (Sent. 16 Abril 1864).

Cualquiera que haya sido la interpretacion dada por los tribunales á la ley 1.ª tít. XIII, Partida 4.ª, respecto á los hijos que pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, es lo cierto que habiéndose interpretado auténticamente por las reales cédulas de 6 de Julio de 1803 y 11 Enero de 1837, ya no puede caber duda en cuanto á la aptitud legal con que se hallan los hijos incestuosos para ser legitimados con siguiente matrimonio, contraído en virtud de rescripto pontificio (Sent. 12 Diciembre 1865).

COMENTARIO

El hijo no es verdaderamente natural si el padre no lo reconoce por suyo. Mas el padre no puede hacer este reconocimiento sinó de los hijos que reunan las condiciones que enumeramos en el párr 2.º del art. 189.

En su virtud, pues, no podrán ser reconocidos los hijos incestuosos, sacrílegos ni adulterinos, sinó solamente aquellos que nacieron ó fueron engendrados en época en que sus padres podían contraer entre sí matrimonio válido y justo.

La primera cuestion á que da lugar el reconocimiento de hijos naturales es esta: ¿se permiten las investigaciones de paternidad? Con arreglo á nuestro derecho es indudable que si; el Tribunal Supremo ha ratificado esta doctrina.

Nuestro Proyecto de Código civil dice: «Se prohibe en todo caso la investigacion de la paternidad y de la maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio.»

La mayoría de los autores y casi todos los Códigos están conformes con no tolerar las investigaciones de paternidad; mas cuando se trata de la maternidad, no son tan unánimes los pareceres.

Kœnigswarter dice que no debe permitírsele al hijo esa investigacion, porque es imposible conceder un derecho que no se prueba: el hijo debe probar, ademas del comercio carnal que existió entre el padre y la madre, que él es producto de aquel comercio, lo cual es difícil de probar á no ser por la declaracion de la madre. Por otra parte,—añade,—no se ofende la moral negando á los hijos un derecho que no pueden probar.

Goyena dice: «la paternidad en el órden de la naturaleza es un misterio: en la imposibilidad de obtener este signo ó sello natural, se ha recurrido al sello social y legal del matrimonio; y precisamente fuera de éste, se pretendería forzar la naturaleza y penetrar sus misterios para descubrir la paternidad.»

«Las cuestiones de filiacion,—expresa Gutiérrez,—se repetirán hasta con escándalo como no se eviten declarando, de una vez para siempre abolidas las investigaciones de paternidad.»

En nuestro sentir, son dadas al escándalo, á la impudencia y al engaño las investigaciones de paternidad; mas no sabemos si habrá términos hábiles para abolirlas en absoluto, miéntras en el Código penal estén consignados los delitos de estupro, violacion y rapto, los cuales llevan siempre consigo una especie de investigacion de paternidad.

Ahora bien; si la paternidad se investiga (y no puede ménos de ser así) en esos tres casos, á que se refieren los arts. 453, 458, 469 y siguientes de Código penal (1), ¿por qué causas ha de prohibirse en otros? ¿Acaso lo prueba posible cuando la doncella es menor de 23 años; se hace imposible cuando tiene 30? ¿Acaso producirá ménos escándalo una querella por violacion ó estupro, que un expediente de investigacion de paternidad?

Otra duda que ocurre al estudiar el reconocimiento de hijos naturales, es respecto á la forma de este reconocimiento.

Una ley de Partida (7.ª, tít. XV, Partida 4.ª) habla de instrumento ó carta hecha por mano del mismo padre, ó mandada hacer á escribano público, «con testimonio de tres omes buenos, etcétera.» Nuestra jurisprudencia, como puede verse en el lugar correspondiente, establece que este reconocimiento puede ser tácito con tal que se acredite cumplidamente por cualquiera de los medios probatorios que admite el Derecho. Téngase, sin embargo, presente, que en un fallo (de 10 Julio 1846) se ha declarado que no basta la prueba hecha por medio de testigos de que uno es hijo de otro que le ha preterido en su testamento, si aquel de quien pretende ser hijo ha manifestado que no lo era en su última voluntad.

El Proyecto de Código tiene dos artículos importantes que dicen así: «El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimien-

(1) Véase el caso 3.º del art. 464 del Código penal

to.» «Si el hijo reconocido es menor, podrá reclamar contra el reconocimiento cuando llegue á mayor edad» (arts. 128 y 129). En nuestro derecho constituído no encontramos disposiciones análogas á las copiadas.

¿Puede un menor de edad reconocer válidamente á un hijo natural? El art. 337 holandes ha prevenido esta cuestion permitiendo el reconocimiento al varon de 19 años cumplidos, no mediando error, dolo, violencia ó seduccion, y á la mujer áun ántes de aquella edad. El Código frances ha callado sobre este punto, y sin embargo, el tribunal de Casacion la ha resuelto en sentido afirmativo, segun Rogron, al artículo 334.

Goyena cree que en ningun caso debe tenerse por válida la obligacion contraída por el menor: «el reconocimiento,—dice,—es una obligacion, porque encierra varias obligaciones; será, pues, nulo, á ménos que el hijo sea producto de un delito del menor, pues entónces éste es habido por mayor.»

Artículo 192.—El reconocimiento hecho por el padre, del hijo natural, supone el reconocimiento tácito de los demas hermanos de éste.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XV, Partida 4.ª

COMENTARIO

Hablando la ley de Partida de los diversos modos en que se pueden reconocer los hijos naturales *en que se facen legítimos*, segun su expresion, pero que hacen relacion al reconocimiento, añade: *por tal conoscencia como esta serán legítimos* (entiéndase reconocidos) *los otros hermanos, cuanto para heredar en los bienes del padre, maguer no fuesen nombrados en ella.*

Desde luégo ha de entenderse que estos hermanos son los provenientes de las relaciones habidas entre sus padres, y de ningun modo los otros hermanos simplemente uterinos ó germanos.

Artículo 193.—El hijo reconocido por el padre ó la madre, ó por los dos de comun acuerdo, tiene derecho:

Primero. A llevar el apellido del que le reconozca.

Segundo. A ser alimentado por éste y sus ascendientes.

Tercero. A heredar en el modo y forma que se determina en el cap. VII, tít. II, libro III.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIX, Partida 4.ª

Ley 5.ª y 6.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (9.ª y 10 de Toro).

Art. 51 Ley Reg. civ.

JURISPRUDENCIA

Los herederos del padre están obligados á dar alimentos al hijo natural en proporcion á la importancia de la herencia (Sent. 10 Febrero 1860).

Esta obligacion que pesa sobre los herederos es condicional y depende de la importancia de la herencia y del estado de fortuna de los mismos (Sent. 18 Setiembre 1860).

En ninguna ley se fija la cantidad que haya de darse al hijo natural de quien el padre se olvidó ó no hizo mérito, siendo obligacion condicional y dependiente de la importancia de la herencia y del estado de fortuna del heredero. No se deben alimentos desde la muerte del padre natural, sinó desde que la hija fué declarada tal por sentencia ejecutoria (Sent. 20 Noviembre 1869).

COMENTARIO

El hijo natural reconocido no tiene la consideracion de legítimo, pero tiene ciertos derechos que le hacen de mejor condicion que los demas ilegítimos.

La ley de Partida citada dice: *Ca los fijos que nascen de las mugeres que han los homes de bendicion; tambien los parientes que suben por línea derecha del padre como de la madre, son tenudo de los criar. Eso mismo es de los que nascen de las mugeres que tienen los homes por amigas manifiestamente, como en lugar de mugeres* (que hoy se llaman hijos naturales), *non habiendo entre ellos embargo de parentesco ó de órden de religion ó de casamiento.*

El Proyecto de Código no imponía á los ascendientes la obligacion de dar alimentos.

En cuanto á las herencias, en su lugar oportuno expondremos las leyes vigentes en la materia.

Artículo 194.—Los demas hijos ilegítimos

tienen derecho á ser alimentados. La oblicion de alimentar á estos hijos no pesará sobre los ascendientes del padre, pero sí sobre los de la madre.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIX, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 762 Cód. Francia.—914 Luisiana.—914 Holanda.—678 Nápoles.—957 Cerdeña.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Mayo 1868.

COMENTARIO

La ley no ha podido consentir que una criatura inocente perezca abandonada de aquellos que le dieron el sér, sin embargo de que no ha estado muy distante de hacerlo.

Verdaderamente la situacion de los hijos ilegítimos es, con arreglo á nuestra legislacion vigente, poco lisonjera, debiendo promoverse una reforma en sentido de dulcificar cuanto sea posible el estigma que injustamente pesa sobre el inocente hijo.

Mas los que nascen de las otras mugeres, asi como de adulterio o de incesto, o de otro fornicio, los parientes que suben por la liña derecha de parte del padre, non son tenudos de los criar si non quisieren: fueras ende, si lo ficieren por su mesura moviendose naturalmente a criarlos e a facerles alguna merced, assi como farian a otros estraños, porque non mueran. Mas los parientes que suben por linea derecha de parte de la madre, tambien ella como ellos tenudos son de los criar, si oviese riqueza con que lo puedan facer.

Tal es el precepto de la ley de Partida. Aunque nada se dice de la obligacion del padre, esto no le absuelve de ella como algunos pretenden, porque la obligacion de dar alimentos y las razones que lo motivan, son de tanta fuerza y valor cuando se trata de estos hijos como cuando á otros se refiere la ley. Ademas, la misma forma de su redaccion, unido á lo que dispónese en la 10 de Toro, nos da la seguridad de que el padre, lo mismo que la madre, tienen la inmediata obligacion de alimentar á todos los hijos ilegítimos.

Esta obligacion la hacen estribar la mayoría de los autores en la necesidad del hijo, y, por consiguiente, sólo cuando esta necesidad existe son exigibles los alimentos, desapareciendo esta obligacion cuando el hijo tiene bienes ó medios de alimentarse por su industria ú otro trabajo. (Véanse Llamas y Escriche.)

Es más, algunos autores no solamente sustentan esta teoría, sinó que prohiben al padre que sumistre *voluntariamente* los alimentos en el caso de que el ilegítimo no lo necesite. Matienzo, por ejemplo, sostiene esta opinion, pues dice que prestar los alimentos sin necesidad sería proceder en fraude de la ley. Del mismo modo entienden Llamas y Acevedo esta cuestion.

Lara de Córdoba y Gregorio Lopez, por el contrario, afirman que el padre puede dar alimentos al hijo ilegítimo, aunque no los necesite, pero siempre que la cantidad donada ó legada por este concepto no exceda del quinto marcado por la ley. Si la ley 10, tít. V, lib. III del Fuero Real concede al padre la facultad de disponer del quinto de sus bienes en favor de extraños, con mayor razon podrá disponer á favor de sus hijos ilegítimos. De esta manera opina tambien Escriche, y en ello conviene asimismo Gutierrez. En nuestro sentir, es este principio tan obvio, que nos parece imposible que haya nacido la duda, é inútil toda controversia sobre ella.

Tambien suscitan algunos la duda de si habrá de darse por alimentos más del quinto si éste no fuere suficiente. Entendemos que no podrán exigírsele al padre más alimentos que los que formen el quinto de sus bienes, pero que voluntariamente podrá darles mayor cantidad siempre que no tenga hijos legítimos, y sólo hasta la tercera parte si tuviere ascendientes.

Pudiendo acaecer que un padre tenga cinco ó seis hijos legítimos, resulta que el expúreo obtendrá una cantidad igual y á veces mayor que el hijo legítimo. Esto ha dado lugar á la duda de si deberían entónces disminuírse los derechos del expúreo. Si esta cantidad es por alimentos ¿cómo han de ser mayores los del expúreo que los del legítimo? Llamas resuelve esta cuestion diciendo que, si los legítimos tienen igual necesidad que el expúreo del quinto para su decente manutencion, el padre no está obligado á dejar el quinto á éste en perjuicio de sus hijos legítimos, pues sería entónces aquél de mejor condicion que éstos, lo cual prohiben las leyes; pero cuando al contrario, los legítimos no tienen igual necesidad del quinto para su decente manutencion que el expúreo, el padre estará obligado á dejar el quinto de sus bienes á

éste, sin que se verifique entónces que el expúreo sea de mejor condicion que los legítimos, porque es mejor no haber menester socorros que tener necesidad de ellos.

En el lugar correspondiente hablaremos de los derechos hereditarios que á los hijos ilegítimos conceden nuestras leyes, completando así la teoría que sobre los mismos constituye la doctrina vigente.

Al examinar las leyes que llevamos consignadas, hemos expresado nuestra opinion desfavorable á los principios que en nuestros cuerpos legales se contienen y la necesidad de una reforma que complete la iniciativa en las leyes de Toro, que son un progreso en relacion á las anteriores en este punto.

Los problemas que nacen de la ilegitimidad, son de los más complejos dentro del derecho. Esperamos, sin embargo, que el progreso realice, si bien lentamente, grandes modificaciones, cuyo influjo sobre las costumbres ha de ser poderoso.

TÍTULO VI

DE LA ADOPCION

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS QUE PUEDEN ADOPTAR Y SER ADOPTADOS

Artículo 195.—Pueden adoptar los varones que se hallen emancipados.

El adoptante ha de tener 18 años más que el adoptado.

ORÍGENES

Ley 2.ª tít. XVI, Partida 4.ª

COMENTARIO

«*Adoptio*, en latin, tanto quiere decir en romance como porfijamiento: et este porfijamiento es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes seer fijos de otros magüer no lo sean naturalmente:» tal es la definicion consignada en nuestra leyes de Partida. Algun autor la define diciendo *un acto por el que se recibe como hijo al que no lo es naturalmente.*

El objeto de la adopcion es dar consuelo á las personas á quienes la naturaleza les ha negado tener hijos. Así fué conocida de los hebreos, asirios, egipcios, griegos y sobre todo de los romanos, á causa de que la ley Julia y Papia Popea concedieron varios privilegios á los padres que tuviesen tres hijos varones; pues por medio de la adopcion se colocaban los ciudadanos romanos en situacion de disfrutar de tales privilegios.

La adopcion llegó á ser tan frecuente é importante en Roma, que los hijos adoptivos fueron muchas veces preferidos á los legítimos. Así observa Goyena que Augusto adoptó á Tiberio y Agripa, aunque tenía hijos de su hija Julia: el mismo Tiberio lo repitió adoptando á Germánico *super propriam stirpem:* y por último, el emperador Claudio adoptó y designó por sucesor á su hijastro Neron, anteponiéndole á Británico, hijo natural y legítimo suyo, aunque sólo tenía dos años ménos que Neron: *Tácito, lib. XII de los Anales*, número 25.

La adopcion entre nosotros carece de importancia, pues casi nunca tiene lugar. Por esta razon son muchos los autores que estiman necesaria la abolicion de las leyes que tratan de esta materia, como ha sucedido en Luisiana, en Holanda, en Portugal, en Vaud, en Inglaterra, en Méjico, en los Estados-Unidos, en Noruega, en Suecia, etc.

Nuestro Proyecto de Código civil dedica algunos artículos á esta materia, sin embargo de haber acordado la comision pasarla en silencio como institucion extraña á nuestras costumbres. A nuestro entender, por desusada que esté la adopcion, debe conservarse por si alguna vez puede por este medio llevarse consuelo al que se ve completamente desprovisto de afecciones de familia.

La adopcion, como se ve, es una ficcion de derecho; necesita por consiguiente para que pueda tener lugar, que haya términos hábiles. Por eso la ley exige que el adoptante tenga 18 años más que el adoptado, porque si se permitiera que fuesen de una misma edad sería imposible la ficcion de que uno es hijo del otro. Por idéntico motivo están privados de adoptar los que padecen de impotencia física, porque siendo inhábiles para la procreacion no es posible suponer que tengan hijos.

Idéntico fundamento tiene la prohibicion del art. 197 en cuanto se refiere á los eclesiásticos.

Adoptio est æmula naturæ, seu naturæ imago, este es el motivo de todas las limitaciones que nuestras leyes consignan para adoptar.

El que una vez ha sido adoptado por una persona, no puede ya serlo por otra, ni áun despues de la muerte del primer adoptante, porque,—dice Escriche,—ni natural, ni ficticiamente puede uno tener muchos padres ó muchas madres de una misma clase.

Sin embargo, dos cónyuges que carezcan de hijos, bien pueden adoptar á uno mismo por hijo.

Una sola persona puede adoptar á muchos, bien sean hermanos, bien no lo sean, y áun cuando sean de sexos diferentes. Así podrán ser adoptados dos esposos, pues que la fraternidad que nace de la adopcion no es obstáculo para el matrimonio.

¿Podrá una mujer casada ser adoptada sin el consentimiento de su marido? Refiriéndonos en un todo á lo que dejamos expuesto al hablar de los efectos del matrimonio, y por consiguiente de la capacidad legal de la mujer casada, entendemos que tambien para la adopcion es preciso impetrar el consentimiento marital.

¿Necesitará el marido para ser adoptado el consentimiento de su mujer? Escriche entiende que siendo la adopcion fuente de obligaciones para el adoptado, parece más conforme y puesto en razon, que ni el marido mismo pueda ser adoptado sin que la mujer preste su consentimiento. Opinamos lo contrario, pues todos los contratos que son fuente de obligaciones los contrae el marido sin necesidad del consentimiento de su mujer, áun cuando las obligaciones que adquiera no sean únicamente personales, sinó que pesen sobre la familia.

Las leyes romanas y las nuestras de Partida que contienen toda la doctrina vigente en esta materia, dividen la adopcion en dos partes: 1.ª, adopcion propiamente dicha por cuya virtud entra en la patria potestad del adoptante uno que vive sujeto á la de su padre ó madre legítimos: 2.ª, la arrogacion, que es la misma adopcion cuando se trata de personas que están libres de la potestad paterna, que son *sui juris*.

Sus efectos y sus solemnidades varían, como tendremos ocasion de examinar en los artículos siguientes. Mas como no es preciso designarlas con sus nombres para explicar sus diferencias, hemos comprendido ambas instituciones bajo la palabra *adopcion*, estableciendo las diferencias que son consiguientes cuando se trata de un *sui juris* ó de una persona sometida á la paternidad natural. Creemos, por tanto, que la supresion de nombres no ha de alterar en nada la claridad de la doctrina contenida en los siguientes artículos.

Tambien se hallan en nuestras leyes reminiscencias de la division de la adopcion en *plena* y *ménos plena*: es plena, siempre que el adoptante sea un ascendiente del adoptado: es ménos plena cuando el adoptante es un extraño. Sus efectos tambien son diversos, como veremos despues.

Artículo 196.—Se prohibe la adopcion á los que adolezcan de impotencia física para la procreacion, salvo el caso en que ésta sea producida por accidente ó enfermedad.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 3.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

Artículo 197.—Tampoco podrán adoptar los eclesiásticos y los que tengan descendientes legítimos.

ORÍGENES

Leyes 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. XVI, Partida 4.ª
Leyes 1.ª y 3.ª, tít. XXI, lib. IV, Fuero Real

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 345 Cód. Francia.—188 Cerdeña.—Ley 17, párr. 3.º, tít. VII, lib. I, Digesto.

COMENTARIO

Hemos dicho que la adopcion (y la arrogacion) suponen términos hábiles por lo mismo que son una ficcion admitida por el derecho.

La impotencia física, á ménos que esté producida por accidente ó enfermedad, coloca al hombre fuera de las condiciones ordinarias de la paternidad; por eso la ficcion es inadmisible entónces. Pero sí podrán adoptar los castrados ó los que por cualquier accidente se han hecho impotentes; al contrario de lo que decía la ley romana, *castrati non possunt*.

En cuanto á los ordenados *in sacris*, el voto solemne de castidad que hicieron les coloca en absoluta imposibilidad de ser considerados como padres, y por consiguiente no pueden concedérseles ni áun ficticiamente, los derechos de paternidad que supondrían una violacion de sus juramentos.

Por último, la ley del Fuero Real solamente concede la facultad de adoptar al *home varon que no hobiere fijos o nietos legitimos*; y la ley de Partida dispone, que no se otorgue la licen-

cia que se pida para adoptar, sin que primero se examine si el adoptante tiene hijos que le sucedan. Si, como ya dejamos repetido, la adopcion es un consuelo para los que carecen de hijos, cesa el motivo que la sirve de fundamento desde el momento en que existen hijos legítimos. El interes de éstos lo exige tambien así.

¿Podrá adoptar el que no tenga hijos legítimos, pero esté en edad de poder tenerlos? La ley de Partida (4.ª del título citado) dice que el Rey ántes de conceder licencia para adoptar, «debe catar todas estas cosas... e si ha fijos que hereden lo suyo, o si ha tantos días, que los pueda aun auer». Escriche dice á este propósito: «la ley debe formentar los matrimonios y ha de evitar, por consiguiente, la facilidad de darse hijos ficticios por un acto civil, cual es, la adopcion, miéntras puedan tenerse verdaderos por legítimo enlace.»

Nosotros creemos que la ley citada no establece una prohibicion, sinó que indica la necesidad de hacer una informacion sobre lo que sea de utilidad mayor para el adoptado.

Artículo 198.—El tutor no puede adoptar al menor sinó cuando éste haya cumplido 25 años y previa la licencia del Rey.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 193 Cód. Cerdeña.—Ley 17, tít. I, lib. I, Digesto.

COMENTARIO

Esta prohibicion tiene su fundamento en las mismas palabras de la ley: «Este atal non puede porfijar a tal moço como este: porque podrian sospechar contrá el, que lo fazia con mala intencion, porque no le diesse cuenta de sus bienes, que auia tènido en guarda, o si gela diesse que non lo faria tan lealmente nin tan bien como deuia. Pero desque el moço ouiesse edad de veynte e cinco annos puedelo y aporfijar con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa. E esto porque el Rey lo guarde, que non resciba engaño en tal porfijamiento como este que sobredicho auemos.»

Artículo 199.—La mujer no puede adoptar sinó con licencia del Rey y solamente en el caso de que hubiera perdido un hijo en defensa del Estado.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Por las leyes de Partida, las mujeres no podrían ejercer los derechos de patria potestad ni áun sobre sus hijos legítimos cuyo padre hùbiere fallecido. La ley que esto disponía no podía conceder á la mujer que ejerciese los mismos derechos sobre un adoptivo. Ademas de esta razon, da otra la ley: «Ca si ellas por si mesmas lo pudiessen facer podrie seer que las enganarien los omes, o ellas a ellos de manera que nascerie ende much o mal.» A lo cual dice Escriche con mucha oportunidad: «Pero por esta razon se les podría negar tambien la facultad de celebrar otros contratos y áun el de matrimonio. Parece, pues, muy justo que se permita la adopcion á las mujeres, del mismo modo que á los hombres, como sucede en otros paises:» como el Código frances en su art. 343, el italiano en el 202 y otros Códigos.

Artículo 200.—El huérfano menor de siete años no puede ser adoptado.

Para la adopcion de un *sui juris* se necesita la licencia del Rey, si fuere aquél menor de catorce años, ó la judicial siendo mayor, y en todo caso el consentimiento, expreso del adoptado.

Para la de un menor sujeto á la patria potestad se necesita su consentimiento aunque sea tácito, el del padre natural y la autorizacion judicial.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 4.ª, tít. XVI, Partida 4.ª
Ley 7.ª, tít. VII, Partida 4.ª

COMENTARIO

Hemos hablado anteriormente de la division admitida generalmente en adopcion propiamente dicha y arrogacion. En este artículo comienzan á notarse las diferencias entre una y otra. El segundo párrafo del artículo se refiere á la arrogacion; el tercero á la adopcion.

El huérfano menor de 7 años no puede ser arrogado; ¿podrá adoptarse un menor de 7 años que tenga padre? Entendemos que no, porque exigiendo la ley su consentimiento, siquiera sea tácito, es imposible que lo preste ni áun tácitamente en semejante edad: solamente puede

admitirse consentimiento presunto en época en que sea posible el expreso.

Cuando se trata de adoptar á un *sui juris*, pueden presentarse dos casos: ó el doptado es menor de 14 años, ó es mayor de esta edad. Si lo primero, es necesaria la licencia del Rey; si lo segundo, habrá de preceder la autorizacion judicial. Pero ya sea el adoptado menor ó mayor de 14 años, se necesita su consentimiento expreso.

Tratándose de la adopcion de uno sometido á la autoridad de su padre natural, ya sea mayor, ya menor de 14 años, se necesita la autorizacion judicial, el consentimiento del padre y la aquiescencia ó no oposicion del adoptado.

¿Puede el hijo natural ser adoptado por su padre ó madre? Entre los romanos fué permitido hasta el tiempo de Justiniano que lo prohibió. En Francia durante mucho tiempo la duda parecía estar resuelta en sentido negativo en virtud de un fallo de la *Cour de cassation de* 1848; pero al poco tiempo se modificó la jurisprudencia en sentidó afirmativo. M. Dupin, fiscal del mismo tribunal, ha hecho constar que en cuatro años (de 1837 á 1841) de setenta adopciones, treinta y siete habían sido en favor de hijos naturales.

Se dice contra esta adopcion que se burlan de este modo las leyes sobre hijos naturales, dándoles derechos que no debe tener: que es inmoral un medio de que los hijos naturales adquieran la consideracion de legítimos. A nosotros nos parece que no hay inconveniente de ningun género para lo primero, y en cuanto á lo segundo, diremos con Escriche, que nadie dirá que es mejor para la sociedad dejar á un hijo en el abandono, que hacer uso de un medio que se presenta para mejorar su estado.

Mas, aparte de esto, la ley 7.ª, tít. XXII del Fuero Real la permite expresa y taxativamente, y la ley de Partida, que define el porfijamiento, dice: «que los hombres pueden ser fijos de otro por este medio, *maguer non lo seán naturalmente*», es decir, *aunque no lo sean*... luego pueden serlo los naturales.

Escriche y Gutierrez entienden la ley de esta manera, y nosotros por nuestra parte tenemos idéntica opinion.

Respecto á la forma de llevar á cabo las adopciones, solamente diremos que cuando sea necesaria la licencia del Monarca, se tendrán presentes los trámites marcados en los artículos 1335 al 1349 de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre informaciones para dispensas de ley. Mas cuando sólo sea necesario el consentimiento y autorizacion judiciales, se tramitará como un expediente de jurisdiccion voluntaria, ateniéndose á las reglas que señala la Ley de Enjuiciamiento para los actos de que en la misma no se hace especial mencion.

Artículo 201.—Cuando aquel á quien se trate de adoptar fuere menor de 14 años y carezca de padres, habrá de justificarse préviamente la utilidad de la adopcion.

Asimismo deberá el adoptante otorgar obligacion de restituir los bienes del adoptado á sus legítimos herederos si muriese ántes de la pubertad.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

COMENTARIO

El acto por el que uno se constituye en la condicion de padre y otro en la de hijo, adquiriendo cada uno de ellos los derechos y obligaciones que consigo lleva la paternidad y la filiacion, es de suma gravedad, sobre todo para el adoptado. Por esta razon, la ley ha creído que debía tomar ciertas precauciones que sirvieran de amparo á éste.

Es la primera de ellas la justificacion de utilidad; así es que la ley dice: «empero el Rey ante que otorgue poder de porfijar a tal moço como este deue catar todas estas cosas: que ome es aquel que le quiere porfijar: si es rico o si es pobre: o si es su pariente o non: e si ha hijos que hereden lo suyo o si ha tantos dias que los pueda aun auer: e de que vida es, e de que fama... si entendiere que aquel que lo quiere porfijar, se mueve con buena intencion para facerlo, e que sea a pro del moço...»

Exígese ademas una garantía contra una posible malversacion del caudal del adoptado; ¿qué garantía es ésta? La ley la expresa así: «Pero el Rey ante que otorgue el porfijamiento de los moços, debe catar que non se menoscaben los bienes dellos. E la guarda es esta: que debe facer tomar tal recabdo del porfijador, que si muriese el moço ante de los catorze años, que entregue todos sus bienes aquel o aquellos que los ovieren de auer de derecho. Esto se debe entender de aquellos que los deben eredar o auer por razon de mandas, si el moço non oviese seydo porfijado. E tal recabdo como este debe ser dado por carta que sea fecha por mano

de algun escriuano publico. E maguer el Rey non mandase facer tal carta, entiendese que de derecho es obligado el porfijador de lo complir, assí como sobre dicho es.»

Esta caucion deberá prestarse siempre, mas si no se presta, no por eso dejará de tener obligacion de entregar los bienes á los herederos del menor, en la misma forma que si hubiere otorgado dicha caucion (Ley 92, tít. XVIII, Partida 3.ª).

CAPÍTULO II

DE LOS EFECTOS DE LA ADOPCION

Artículo 202.—La adopcion de un *sui juris* produce el efecto de someter el adoptado á la patria potestad del adoptante.

El mismo efecto se produce por la adopcion de aquel que está sometido á la potestad de su padre natural, cuando el adoptante sea ascendiente del adoptado.

ORÍGENES

Leyes 7.ª, 9.ª y 10, tít. XVI, Partida 4.ª

COMENTARIO

La arrogacion produce el efecto de someter al arrogado á la patria potestad del arrogador, es decir, que aquél adquiere la consideracion de hijo legítimo. Tambien sus bienes sufren los efectos de la nueva potestad, y quedan sometidos á las reglas que expondremos en el art. 209 y siguientes acerca de los bienes de los hijos que lo son por naturaleza, miéntras están bajo el poder paterno.

El arrogado se hace heredero forzoso del arrogador, no sólo abintestato, sinó tambien por testamento, cuando éste no tiene ascendientes ni descendientes legítimos ó naturales, en los términos de que nos ocuparemos al hablar de las herencias.

Las demas obligaciones que nacen de la patria potestad ó les son inherentes, tambien nacen por la arrogacion, como la obligacion del respeto y obediencia por parte del hijo, la educacion y manutencion por parte del padre, etcétera, etc.

Tambien nace de la arrogacion, lo mismo que de la adopcion, un impedimento para el matrimonio, como hemos dicho en el lugar correspondiente.

La adopcion plena, esto es, la verificada por un ascendiente del adoptado, produce asimismo los efectos que llevamos indicados respecto á la arrogacion, y crea, por consiguiente, la patria potestad á favor del abuelo ó abuela del adoptante.

La adopcion verificada con caractéres especiales por el abuelo ú otro ascendiente cualquiera, era perfectamente comprensible dentro del Derecho romano, en el que el abuelo podia querer conservar bajo su poder á los nietos, emancipando, sin embargo, á su hijo, ó bien poder alcanzar esta potestad los abuelos maternos; pero en nuestros dias carece de fundamento el que esta adopcion sea distinta de la verificada por un extraño, puesto que ya no existe la autoridad del *pater familias*, que se extiende sobre todos los descendientes, y de cuya autoridad es reflejo esta adopcion plena.

La potestad adquirida por virtud de la arrogacion y de la adopcion plena terminan por los mismos medios y en los mismos casos en que tiene lugar cuando se trata de la patria potestad natural, y de los cuales nos ocuparemos en el cap. III, tít. VII de este mismo libro.

Artículo 203.—El adoptado por un extraño continuará bajo la potestad de su padre natural.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. VII, Partida 4.ª
Ley 9.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

COMENTARIO

«Si alguno diesse a su fijo a porfijar a tal ome que non fuesse abuelo del moço o bisabuelo de parte de su padre nin de su madre, el que es porfijado de esta manera no pasa a poderio de aquel que le porfija...»

La ley ha considerado violento traspasar la potestad del padre á un extraño; así que los la-

zos creados por esta adopcion son muy poco consistentes.

Este adoptado no es heredero forzoso del adoptante por testamento, mas lo será en el caso de que éste fallezca sin descendientes ni ascendientes legítimos ni naturales.

Esta clase de adopcion puede disolverse por la sola voluntad del adoptante, quien podrá desheredar al adoptado con razon ó sin ella: *bien puede el porfijador sacar de su poder al porfijado quando quisiere con razon o sin razon: e non eredará ninguna cosa de los bienes de aquel que porfijó*, segun expresa la ley.

Se ve, pues, por lo que llevamos expuesto, que la adopcion llamada semiplena ó imperfecta es poco fecunda en resultados. Comprendemos, por lo mismo, que se reclame su abolicion. Nosotros, creyendo que en alguna ocasion podrá ser útil, no nos atrevemos á pedir que se suprima, pero sí que se reforme.

Artículo 204.—Disuelta la adopcion, el adoptante devolverá los bienes que recibió del adoptado.

Si la adopcion hubiere sido de un *sui juris*, y éste fuere emancipado ó desheredado sin justa causa, deberá percibir, ademas de los bienes que poseía cuando fué adoptado, las ganancias que despues hizo, aunque no el usufructo de unos y otras durante la adopcion, y ademas la cuarta parte de los bienes del adoptante si no tuviere descendientes legítimos, y la quinta si los tuviere.

ORÍGENES

Leyes 7.ª y 8.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Disuelta la arrogacion ó la adopcion, bien por justa causa tratándose de la primera, ó solamente por la voluntad del adoptante cuando se trate de la segunda, ha de devolver los bienes del adoptado. Mas en el caso de arrogacion no disuelta por justa causa, tendrá el arrogado derecho á percibir todas las adquisiciones y ganancias hechas con posterioridad á la arrogacion, es decir, aquellas que segun la ley corresponden en propiedad al padre, mas no el usufructo de los bienes que poseía al ser arrogado, ni el de las adquisiciones posteriores. Ademas tendrá derecho á una porcion de los bienes del arrogador, cuya porcion será la cuarta parte de estos bienes, si no hubiere descendientes legítimos, y solamente el quinto en otro caso.

El arrogador no puede romper la arrogacion sinó en virtud de justa causa; «*por tal tuerto o tal cosa, porque se ha de mover a muy grant saña*,» y tambien en el caso de que alguno instituyere por heredero al arrogado, con la condicion precisa de que se le tuviese por emancipado de esta potestad.

Tampoco puede ser desheredado sin justa causa, y áun cuando la ley no dice cuáles sean estas justas causas, entendemos que tienen aquí natural aplicacion las causas de desheredacion que veremos en otro lugar.

En cuanto á la adopcion hecha por un extraño, ya hemos dicho que puede disolverse por la sola voluntad del adoptante. Escriche cree que cuando ménos debiera exigirse para su terminacion la voluntad del padre y del hijo.

EXPÓSITOS.—Más usada y más importante es la adopcion de los niños expósitos ó abandonados por sus padres en las casas de beneficencia, en los templos y hasta en las calles.

Cualquier persona honrada de uno ú otro sexo, de cuyas buenas cualidades deba esperarse provecho para el niño, puede adoptar. No tienen lugar en esta adopcion las limitaciones que las leyes de Partida hacían respecto de los impotentes. Pueden ser adoptados los recien nacidos y los que ya han salido de la infancia.

Las Juntas provinciales de beneficencia son las encargadas de conceder estas adopciones (arts. 22 y 23 Reg. 14 Mayo 1852 sobre Ley de Ben.), para lo cual se formará el oportuno expediente.

Esta adopcion no produce otros efectos civiles que los marcados por las leyes que hemos trascrito. Estos niños deberán ser devueltos á sus padres cuando éstos los reclamen. (Véanse Rs. Céds. 2 Junio 1788, 6 Marzo 1790 y 11 Diciembre 1796, y Ley 6 Febrero 1822 y otra 20 Junio 1849.)

TÍTULO VII

DE LA MENOR EDAD

Artículo 205.—Se reputa menor de edad, á aquel que no ha cumplido 25 años.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XIX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2.° lib. I, Cód. Baviera. —Señalan como término de la menor edad los 24 años los Códigos de Austria (art. 21); Prusia (art. 695, tít. VII, part. 2.ª). A los 23 años el Código de Holanda (art. 185). A los 21 años los Códigos de Francia (art. 388), Portugal (311), Italia (240), Illinois, Estados-Unidos, Rusia (160), Suecia é Inglaterra.

COMENTARIO

La diferencia entre mayores y menores de edad, es fecunda en resultados dentro del Derecho. El ejercicio de todas las facultades jurídicas concedida á la persona, hallan límites y trabas en su ejercicio cuando se trata de individuos menores de edad.

Segun nuestras leyes, al menor de 7 años cumplidos se le llama *infante*. Desde esta edad á la de 12 años en la hembra y 14 en los varones, se les denomina *impúberes* ó *pupilos*. A los 12 y 14 años, época que recibe el nombre de pubertad, comienza el período en que se denominan *menores* y que termina á los 25 años cumplidos.

Como dejamos dicho en las «concordancias,» esta época no es la generalmente aceptada como término de la menor edad. Antes al contrario, la mayoría de los Códigos establecen una época más temprana para señalar este límite, siendo la aceptada más frecuentemente la de 21 años. Nuestro Proyecto de Código, inspirándose en las leyes del Fuero Juzgo y en las disposiciones forales de Aragon, señaló la edad de 20 años. Las leyes de Partida aceptaron la legislacion romana que por la ley Letonia fijó la menor edad en 25 años. En el comun sentir de los autores, es preciso, dadas las circunstancias especiales en que hoy se desarrolla la vida, que se señale si no la edad propuesta en el Código, al ménos una muy parecida, pues parece violento conceder facultades gravísimas á los 14, á los 17 y á los 21 años, negando otras tal vez de menor entidad hasta los 25.

La menor edad que señala nuestro artículo, debe entenderse únicamente para los efectos de libre administracion de los bienes, pues en otras órdenes son varias las edades que señalan nuestras leyes.

Para contraer matrimonio y otorgar testamento, basta la edad de 12 y 14 años, segun se trate de hembras ó varones.

Para administrar los bienes de otro y aceptar para ello, ó para contratar, poder, no es necesaria mayor edad de 17 años.

Para los efectos penales, la mayor edad es á los 18 años, constituyendo los años anteriores á esta edad, una circunstancia atenuante si el culpable es mayor de 15 y de exencion si fuere menor y no hubiere obrado con discernimiento.

Para el ejercicio del comercio solamente se exigen 20 años, con tal que se llenen ciertas condiciones.

Desde los 20 y 23 años, es innecesario el consentimiento paterno para celebrar matrimonio.

Para el ejercicio de la abogacía son suficientes 21 años.

A los 25 años comienza el pleno goce de todos los derechos civiles, y hasta los 29 se puede ejercitar la *restitucion in integrum* por los actos y contratos anteriores á la mayor edad.

La menor edad priva del ejercicio de ciertos derechos, pero al mismo tiempo confiere algunos privilegios.

Así al menor de 9 años se le conceptúa incapaz de delinquir.

El contrato que el menor verifica sin autorizacion del curador, es válido si cede en su beneficio, pero nulo en otro caso.

El menor tiene derechos de hipoteca para se-

guridad de sus bienes en los casos que veremos oportunamente.

Al menor, para el efecto de evitar su daño, favorece ó excusa la ignorancia del derecho (Leyes 29 y 31 tít. XIV, Partida 5.ª, y 9.ª, título XIX, Partida 6.ª).

Los efectos de la menor edad, tanto en lo que se refieren á la administracion de los bienes del pupilo ó menor, como á la facultad de prestar su consentimiento y de contratar, etc., etc., serán objeto de nuestro estudio en sus respectivos lugares.

Advertiremos solamente, que el varon mayor de 20 años y la hembra mayor de 18, pueden obtener dispensa de edad para administrar libremente sus bienes, sin necesidad de estar asistidos del curador; mas para esto es preciso una informacion judicial, como dejamos dicho en el art. 11. Esta autorizacion será solamente para administrar; así lo dice la ley, por lo cual no les estará permitido gravar, enajenar los bienes inmuebles, ni presentarse en juicio sin curador *ad litem*.

Al hablar de la emancipacion veremos los efectos de la mayor edad, y los diversos medios por los que se obtiene un resultado análogo.

CAPÍTULO VIII

DE LA PATRIA POTESTAD

Artículo 206.—El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. III, lib. IV, Fuero Juzgo.
Art. 64 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 372 Cód. Francia.—220 Italia.—137 Portugal.—354 Holanda.—172 y 173 Austria.—200 Vaud.—234 Luisiana.

COMENTARIO

La patria potestad de nuestros días es esencialmente distinta de la romana. Constituida allí por derechos absolutos é ilimitados, el hijo se hallaba en la condicion de *cosa* y el padre tenía sobre él la facultad de castigarlo, de venderlo y hasta el derecho de vida y muerte. Nuestras leyes imprimieron á esta potestad un carácter completamente diferente, escribiéndose en el Fuero Juzgo que *ninguna cosa non es peor de los padres que non an piedad, é matan sus fíos*, y convirtiendo la patria potestad en una relacion de dulce y cariñosa subordinacion. La patria potestad nace del matrimonio y de la adopcion, y se disuelve por los diversos medios que veremos más tarde.

Con arreglo á nuestra legislacion anterior á 1870, apénas encontramos nada respecto del poder materno sobre los hijos. El Fuero Juzgo, sin embargo, estableció que los hijos obtuvieran el consentimiento de la madre para contraer matrimonio. En algun fuero, como el de Cuenca, se lee: «Los fijos sean en poder de los padres e de las madres fasta que sean casados e señores de sus casas;» y en el de Plasencia se dice: «Mandamos que padre o madre non puedan desafijar sus hijos sanos o locos, fasta que les den casamiento.»

Goyena, ocupándose de esta materia, dice: «¿Tienen las madres ménos cariño y ternura que los padres por sus hijos? Y este sentimiento de ternura maternal, ¿no suplirá poderosamente alguna corta inferioridad en conocimientos?

La madre viuda es acreedora, por lo ménos, á los derechos y consideracion que el padre vinculó: la ley que establece desigualdad en ésta, la rebaja á los ojos de sus hijos y ofende la piedad filial que la misma ley romana no pudo ménos de reconocer que se la debia igualmente que al padre.»

Por fortuna, la ley del Matrimonio civil introdujo en este punto una alteracion muy plausible.

Hé aquí las palabras con que el legislador explica la innovacion: «Tiempo era ya de borrar de nuestra legislacion las huellas del derecho pagano de Roma que vino á herir de muerte el Evangelio, elevando á la mujer al puesto que la corresponde en el seno de la familia. Sea ó no cierto que la legislacion visigoda otorgase á la madre la potestad sobre sus hijos, es innegable que en aquel Código se aspira una más elevada doctrina sobre la mujer que la modelada en las leyes romanas, y que esa misma doctrina vaga en nuestra legislacion foral en formas más ó ménos concretas. Más que de innovacion, por lo tanto, la disposicion del artículo 64, bien merece el nombre de último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipacion jurídica de la mujer y reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia: teoría cuyo gérmen fué arrojado al mundo con el Evangelio, desarrollándose despues lentamente en nuestra legislacion nacional con la institucion de los gananciales y con los derechos otorgados á la madre sobre los hijos y sus bienes, hasta llegar á la plenitud con aquella disposicion que no rechazará nadie que conozca cuánta ternura, cuánta prevision, cuánta prudençia puede atesorarse en el corazon de una madre cuya vida se concentra en el bienestar y en el porvenir de sus hijos.»

Apénas publicada la ley, surgió esta duda: ¿las viudas anteriores á 1870, continúan sien-

do tutoras de sus hijos ó adquieren la patria potestad?

El debate sobre este punto ha sido tan interesante y prolongado como ingeniosos los razonamientos aducidos en pro de las dos opiniones opuestas.

En el sentido de que la madre adquiere en este caso la patria potestad, se dictó sentencia en 21 de Abril de 1871 por la Audiencia de Valencia y en 3 de Julio de 1872 por la de Madrid.

En sentido contrario resolvieron la cuestion una sentencia de esta última Audiencia en 1871 y un fallo del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1875.

Véase Escriche, *Diccionario*, tom. IV, Patria potestad, pág. 183 y siguientes.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO Á LAS PERSONAS DE LOS HIJOS

Artículo 207.—Los hijos no emancipados tienen la obligacion de obedecer á sus padres; y aunque estén emancipados, la de tributarles respeto y reverencia.

ORÍGENES

Art. 70 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 371 Cód. Francia.—220 Italia.—142 Portugal.—124 Rusia.—61 Prusia.—353 Holanda.—199 Vaud.—233 Luisiana.—Ley 1.ª, tít. X, lib. XXVII, Digesto.

Artículo 208.—El padre, y en su defecto la madre en consecuencia de su potestad, tienen derecho:

Primero. A que sus hijos legítimos no emancipados vivan en su compañía, y á representarlos en juício en todos los actos jurídicos que les sean provechosos.

Segundo. A corregirlos y castigarlos moderadamente.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XVII, Partida 4.ª
Ley 18, tít. XVIII, Partida 4.ª
Ley 9.ª, tít. VIII, Partida 7.ª
Art. 65 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 274 y 389 Cód. Francia. 221 Italia.—145 y 512 Austria.—357, 363 y 441 Holanda.—231 y 311 Cerdeña.

COMENTARIO

La ley del Matr. civ. ha reasumido en breves frases toda la doctrina diseminada en otros Códigos sobre esta materia.

Los efectos de la patria potestad pueden dividirse en dos clases, unos con relacion á las personas de los hijos (de que nos ocupamos ahora), otros respecto de sus bienes, y los estudiaremos despues.

El respeto y reverencia á los padres no es tanto efecto de la patria potestad, como del cariño y subordinacion que la misma naturaleza escribió en el corazon del hijo. «La naturaleza y la gratitud,—ha dicho un escritor frances,—hacen ver al hijo ya emancipado en los autores de sus días, una divinidad doméstica y tutelar, á la que siempre rinde culto: es la piedad filial adorando la piedad paterna.»

La obediencia es consecuencia de la subordinacion, ó por mejor decir, es la subordinacion misma.

La obligacion de vivir en compañía del padre, y por consiguiente la imposibilidad de abandonar la casa paterna, es tambien natural y necesaria. El mesurado castigo que el padre puede imponer al hijo, podrá no ser suficiente en muchos casos para obtener la obediencia y respeto que debe guardarle, pero la ley no podía decir otra cosa.

Nuestro Proyecto de Código, tomándolo de otros Códigos, establecía la facultad en el padre de imponer al hijo, con la intervencion judicial, un arresto que no excediera de un mes. Los Códigos de Francia, Italia, Portugal, Prusia, Ho-

landa, Rusia, Vaud y otros, establecen un precepto análogo al del Proyecto. A nuestro entender, la reforma en este punto es necesaria, y por más que sea hacer salir del seno de la familia lo que en él debiera esconderse, la necesidad aconseja á veces aquella medida como absolutamente indispensable, tratándose de caractéres díscolos é inobedientes, y especialmente cuando los infelices padres carecen por completo de otro medio coercitivo que sea eficaz con que poner límites al desatentado proceder de un hijo ingrato.

CAPÍTULO II

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO Á LOS BIENES DE LOS HIJOS

Artículo 209.—Al padre y en su defecto á la madre, corresponde la administracion y usufructo de los bienes que los hijos hubiesen adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XVII, Partida 4.ª
Parr. 4.°, art. 65 Ley prov. Matr. civ.

JURISPRUDENCIA

Lo pueden estimarse como peculio adventicio los bienes que compra un hijo de familia, cuando no prueba que ha ganado la cantidad con que los adquiere por industria ó por otro medio de los que la ley determina. (Sent. 14 Enero 1861).

Sent. 11 Julio 1868.

Sent. 13 Marzo 1869.

Si la Ley del Matrimonio civil en sus artículos 64 y 65 ha declarado que el padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados y que tienen derecho á administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubieran adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria, estas disposiciones se han establecido para lo futuro y sin lastimar los legítimos derechos que habían adquirido los huérfanos que ya lo eran en aquella fecha (Sent. 19 Junio 1875).

COMENTARIO

Las leyes de Partida regularon la materia de peculios que los Códigos anteriores solamente establecían muy confusamente. La ley del Matrimonio civil ha completado la doctrina vigente y á la que por consiguiente debemos atender en primer término.

Las leyes de Partida dividieron los peculios en *adventicios*, *profecticios* y *castrenses*. «Llámanse adventicios los bienes que el fijo de alguno ganase por obra de sus manos, por algun menester o por otra sabiduría, o por otra guisa, o por alguna donacion... o por herencia de su madre ó de alguno de los parientes de ella o si fallase tesoro...»

Entiéndese por profecticio todo «aquello que ganan con los bienes de los padres.»

Y por último, se llaman castrenses los bienes adquiridos en «el castillo, en la hueste o en la corte del Rey o de otro príncipe do se allegan muchas gentes.»

Por semejanza á éste en cuanto á los derechos que en ellos adquiere el fijo, se llaman cuasi-castrenses los provenientes de las demas carreras del Estado.

Cuál sea el fundamento de la teoría de peculios, no es difícil de comprender. Aquello que el hijo obtiene por medio de su trabajo ó industria ó bien por título lucrativo, no puede ménos de pertenecerle siquiera el usufructo corresponda á la familia.

Por el contrario, lo que es producto del capital del padre, por más que lo administre el hijo, debe corresponder al dueño del capital. Esto no obsta para que pueda «dar dello el que lo toviere alguna cosa a su madre, o a su hermana, o a su sobrina, o algunos de los otros sus parientes ó parientas para casamiento, o para otra cosa que le era grand menester que le fuese guisada e convenible. Eso mismo sería si se diese en salario a alguno su maestro que le mostrase ciencia, o algund arte o menester.» (Ley 3.ª, tít. IV, Partida 5.ª).

En cuanto á los bienes adventicios de que habla este artículo, el padre, y en su defecto la madre, solamente tienen la administracion y el usufructo.

Por Real Orden de 28 de Agosto de 1876, dictada de acuerdo con lo consultado por la Sala de gobierno del Tribunal Supremo y con lo dispuesto por la ley del Matrimonio civil respecto de las facultades de los padres sobre los bienes del peculio adventicio de los hijos menores no emancipados, se dispuso que el padre no está autorizado ni como simple administrador, ni como usufructuario, ni como representante de la persona del hijo, para enajenar bienes raíces ni consentir en la extincion de los derechos reales que formen parte del peculio adventicio, sin prévia autorizacion judicial obtenida con arreglo á los trámites señalados en el art. 1208 de la ley de Enjuiciamiento, cuyo requisito debe acreditarse al presentar los títulos para la inscripcion en el Registro de la propiedad (Véase ademas Real Orden de 30 del mismo mes y año). No obstante, podrán suscribirse los documentos otorgados sin este requisito con anterioridad á la Real Orden de 28 de Agosto, si los interesados los subsanaren solicitando y obteniendo en cualquier tiempo la referida autorizacion.

Artículo 210.—El padre, y en su defecto la madre, hacen suyos los bienes que los hijos adquirieren con el caudal que hubieren aquéllos puesto á su disposicion para cualquier industria, comercio ó lucro.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XVII, Partida 4.ª
Pár. 3.º, art. 65, Ley prov. Matr. civ.

JURISPRUDENCIA

La propiedad de estos bienes es del padre que puede disponer de ellos: y si lo verifica enajenándolos, no llega el hijo á adquirir su dominio ni puede por consiguiente trasmitirlo (Sent. 19 Febrero 1861).

Sent. 11 Julio 1868.
Sent. 14 Enero 1861.

Los derechos adquiridos para los hijos de familia por sus padres en una transaccion sobre bienes de éstos, corresponden al peculio profecticio (Sent. 19 Febrero 1861).

Las adquisiciones del hijo constituido bajo la patria potestad por cesion que le haya hecho su padre, corresponden al peculio profecticio (Sent. 19 Febrero 1861).

Litigando el padre por bienes adventicios ó profecticios defiende sus propios derechos al mismo tiempo que representa á sus hijos, no pudiendo, por lo tanto, defenderse por pobre si él no lo es, áun cuando lo sean sus hijos (Sent. 14 Noviembre 1868).

Artículo 211.—El padre, y en su defecto la madre, no adquirirán la propiedad, el usufructo ni administracion de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo ó industria, si no viviere en su compañía.

ORÍGENES

Art. 66 Ley prov. Matr. civ.

COMENTARIO

Aun cuando el hijo no esté emancipado, si viviere fuera de la casa paterna, parece como que, á lo ménos en el órden económico, ha constituído una nueva casa que requiere todas las atenciones y gastos que ordinariamente traen consigo. Ademas, cuando la ley concede al padre ó madre el usufructo del peculio adventicio, es, sin duda, porque parece natural que contribuya á llevar las cargas de la familia aquel que participa de sus ventajas, y es causa de no pocos de sus gastos: no se concebiría que perteneciendo al consumo de la familia el usufructo de los bienes del padre y de la madre, estuviesen exentos de este gravámen únicamente los bienes que el hijo adquiere. Mas cuando la comunidad familiar deja de ser un hecho, desaparece la razon de la ley; entónces el hijo no participa de todo lo que constituye la familia, no debe subvenir á sus gastos. La ley ha sido equitativa al establecerlo así.

Artículo 212.—Tampoco adquirirán el padre ó la madre la propiedad, el usufructo ni la administracion de los bienes adquiridos por el hijo en la milicia, ó por su causa ó por medio de las diferentes carreras del Estado.

ORÍGENES

Leyes 5.ª, 6.ª y 7.ª, tít. XVII, Partida 4.ª

JURISPRUDENCIA

En general está prohibido el contrato de venta entre padre é hijo miéntras éste se halle en

poder de aquél, salvo en lo tocante al peculio castrense (Sent. 26 Enero 1867).

Los productos ó emolumentos de un cargo público y oficial derivado de la ley y de nombramiento de autoridad competente, deben reputarse peculio cuasi-castrense, sin que la sentencia que así lo declara infrinja la ley 7.ª, título IX, Partida 4.ª, y que procediendo de dicho destino las ganancias que el hijo tenga y no de obra de manos, donacion ó herencia, no puede considerárseles como peculio adventicio (Sent. 5 Octubre 1872).

COMENTARIO

El llamado peculio castrense y cuasi-castrense, ó sean los bienes adquiridos con ocasion de la milicia ó por causa de alguna de las diferentes carreras del Estado, ha merecido de los legisladores especial consideracion, «porque tales ganancias como estas facen los omes con gran trabajo e con gran peligro, e porque las facen en tan nobles lugares, por ende son quitamente de los que las ganaron, e son mas franqueadas que las otras ganancias.»

En cuanto al peculio cuasi-castrense consiste, segun la ley de Partida, en «ganancias que son semejantes destas otras, e son así como lo que dan á los maestros, de cual sciencia quier que sean, de la cámara del Rey ó de otro lugar público en razon de soldada ó de salario. Otrosí lo que dan ende á los jueces e a los escribanos del Rey por razon de su oficio, e lo que dan a otros cualesquier. Eso mismo dezimos que es todo donadío de heredad, o de otra cosa cualquier que da el Rey á otro señor.»

Segun nos dice Ortolan, el beneficio del peculio cuasi-castrense se confirió por Teodosio y Valentiniano á los abogados pretorianos y otros funcionarios; se extendió á los asesores y abogados de todas jurisdicciones por Honorio, y despues Leon y Antemio lo hicieron extensivo á los obispos y presbíteros.

La doctrina hoy corriente es que se consideran como castrenses y cuasi-castrenses los provenientes de la milicia y de las diferentes carreras del Estado, aunque de ellos no hablen expresamente las leyes.

La propiedad, usufructo y administracion de estos bienes no corresponde á los padres; respecto de ellos el hijo se considera como mayor de edad. Es un privilegio concedido al hijo en recompensa de su mérito, al mismo tiempo que un estímulo poderoso para el trabajo.

Artículo 213.—El hijo se reputará como emancipado para la administracion y usufructo de los bienes comprendidos en los dos artículos anteriores.

ORÍGENES

Leyes 6.ª y 7.ª, tít. XVII, Partida 4.ª
Art. 67 Ley prov. Matr. civ.

JURISPRUDENCIA

Sent. 22 Octubre 1870.

COMENTARIO

Ca los dueños dellas (las ganancias que constituyen el peculio castrense) *pueden facer destos bienes lo que quisieren, e non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar padre nin hermano, nin otro pariente*, dice la ley de Partida, y hablando de los cuasi-castrenses, añade: *ca tales ganancias son quitamente de aquellos que las ficieren.*

El hijo, pues, goza respecto de estos bienes la consideracion de *pater familias*, pudiendo disponer de ellas como si estuviese emancipado, y, por consiguiente, con la facultad de venderlos, gravarlos, hipotecarlos ó donarlos. Ademas, en los litigios que sobre dichos bienes se le puedan suscitar ó él haya de promover, podrá presentarse por sí mismo como si fuera mayor de edad, personándose en juicio en la forma que las leyes determinan. Idéntico principio establece la ley del Matrimonio civil cuando se trata de los bienes á que se refiere nuestro art. 211.

Artículo 214.—Tampoco adquirirá el padre, ó en su defecto la madre, la propiedad ni el usufructo de los bienes donados ó mandados al hijo para los gastos de su educacion é instruccion, con la condicion expresa de que aquéllos no hubieren de usufructuarlos, si en este caso los bienes donados no constituyeren la legítima del hijo.

ORÍGENES

Art. 68 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 387 Cód. Francia.—147 Prusia.—368 Holanda.—209 Vaud.—227 Cerdeña.

COMENTARIO

La teoría de peculios ha sido modificada por la ley del Matrimonio civil, y en su virtud hoy, además de los bienes propiamente adventicios, profecticios y castrenses, hay otros que constituyen un peculio especial, adventicio extraordinario le llama Escriche, en el cual los padres no tienen propiedad ni usufructo. Tales son los bienes comprendidos en el art. 211 y en el presente.

Una y otra modificacion eran necesarias, y la ley no ha hecho en este punto más que ajustarse á lo que la opinionreclamaba.

Artículo 215.—El padre, y en su defecto la madre, cuando gozaren del usufructo de los bienes de los hijos, tendrán las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar respecto de los mismos bienes miéntras no contrajeren segundas nupcias.

Tambien estarán obligados á formar inventario, con intervencion del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos, respecto á los cuales tuvieren solamente la administracion.

ORÍGENES

Art. 69 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 601 Cód. Francia.—367 y 383 Holanda.—205 y 389 Vaud.—330 Cerdeña.—6.°, cap. IX, lib. II, Baviera.—179, cap. II, part. 2.ª Prusia.

COMENTARIO

Las disposiciones de este artículo son consecuencia necesaria de lo establecido en los anteriores. En los artículos sucesivos tendrá completo desarrollo esta doctrina, y veremos hasta dónde llegan las facultades de los padres sobre los bienes de sus hijos no emancipados, y cuáles son los derechos que éstos pueden utilizar oportunamente.

Artículo 216.—Los bienes á que se refiere el art. 209 no pueden ser enajenados por el padre ó madre. En el caso en que estos bienes sean enajenados, deberá el padre ó madre en su caso, constituir hipoteca suficiente á responder del valor de los mismos.

Si los bienes hipotecados no fueren suficientes á responder de lo enajenado, podrá el hijo, renunciando previamente á la herencia, dirigirse contra cualquier poseedor de los bienes que constituían su peculio.

ORÍGENES

Ley 13, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 24, tít. XIII, Partida 5.ª
Párr. 2.°, art. 168, Ley Hipotecaria.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 170 Cód. Prusia.—364 Holanda.—292 Nápoles.—232 Cerdeña.

JURISPRUDENCIA

Sent. 16 Junio 1862.

Si el padre enajenare bienes del hijo constituido bajo su patria potestad, no está relevado de la obligacion de conservar y restituír á su tiempo el peculio del hijo menor, y resarcirle de los perjuicios que éste justifique haber sufrido por menoscabo ó enajenacion de aquél (Sent. 13 Febrero 1864).

Sent. 1.° Febrero 1867.

La accion que compete á los hijos para reclamar en virtud de las enajenaciones de bienes de aquellos hechos por su padre, es personal é hipotecaria contra la testamentaría de éste, pero no la de dominio contra el comprador, sinó en tanto que justifiquen la insuficiencia del caudal hereditario del padre para el pago de los bienes vendidos, y áun en este caso renunciando expresamente la herencia (Sents. 30 Diciembre 1864 y 1.° Febrero 1869).

Es incuestionable que la madre que administra bienes paternos de sus hijos tiene obligacion de darles cuentas del tiempo que durase la administracion (Sent. 8 Febrero 1870).

Sent. 20 Abril 1870.

Si bien la ley 24, tít. XIII, Partida 5.ª, establece que los bienes del padre quedan obligados á la responsabilidad del peculio adventicio del hijo, en el caso de enajenarlos, no tiene aplicacion dicha ley si no se justifica tal enajenacion: y por otra parte, este derecho del hijo sólo tiene efecto despues de la muerte del padre y con la condicion de haber aquel renunciado la herencia, dándole la ley la accion reivindicatoria contra los poseedores de dichos bienes, cuando es insuficiente el caudal paterno para el reintegro del peculio adventicio. (Sent. 12 Noviembre 1875 y 18 Mayo 1878).

COMENTARIO

El peculio adventicio corresponde en propiedad al hijo; de aquí que el padre no pueda enajenarle sin incurrir en ciertas obligaciones que este artículo y los siguientes determinan.

Gregorio Lopez cree que el padre puede enajenar estos bienes en ciertos casos, y así se ha entendido en efecto. El Tribunal Supremo declaró que estos bienes podían enajenarse sin necesidad de licencia judicial, sin previo expediente ni venta en pública subasta (Sent. 13 Febrero 1864).

Esta doctrina, á nuestro entender perniciosa, ha sido revocada con posterioridad por una Real Orden de 28 de Agosto de 1876.

El usufructo y administracion que los padres tienen sobre los bienes adventicios del hijo, son consecuencia de la patria potestad: por consiguiente, excusado es decir que cuando ésta se extingue ó se suspende, por cualquiera de los medios que consigna nuestro Derecho, se extingue y se suspende tambien el usufructo y administracion á que nos referimos. Así, pues, el padre, y en su defecto la madre, habrán de devolver al hijo los bienes que constituyen su peculio, cuando éste se emancipa, llega á la mayor edad ó contrae matrimonio (Ley 3.ª, tít. V, lib. X, Novísima Rec.).

Es esto tan obvio, que verdaderamente no era preciso consignarlo.

En reclamacion de su peculio deberá el hijo dirigirse contra la testamentaría de su padre, y solamente cuando los bienes que forman ésta sean insuficientes, y previa justificacion de esta insuficiencia, podrá, renunciando á la herencia, dirigirse contra el poseedor de los bienes enajenados que constituían su peculio.

Consecuencia del precepto contenido en este artículo es el de que la trasmision de bienes de esta clase no puede inscribirse en el Registro sin ciertos requisitos.

La Direccion general de Registros dijo en resolucion de 11 de Julio de 1875: «Si bien es cierto que la Direccion al evacuar en 14 de Marzo y 31 de Julio de 1871, las consultas que le dirigieron los registradores de Infiesto y Tolosa, y en 25 de Setiembre de 1873 el recurso gubernativo promovido contra el de Nava del Rey, estableció la doctrina de que el padre no podía trasmitir el dominio de los bienes inscritos como de la propiedad de sus hijos, esto no significa que tales bienes sean absolutamente inalienables: procede su enajenacion siempre que el juez condene á los hijos no emancipados al pago de una deuda, mande embargar los bienes y acuerde en definitiva que se otorgue la correspondiente escritura de venta en favor del mejor postor.»

Por Real Orden de 28 de Agosto de 1876, se dispuso que «los notarios que fueren requeridos para autorizar algun acto ó contrato en que se enajenen ó graven bienes inmuebles pertenecientes al peculio de los hijos no emancipados, exigirán de los otorgantes el documento que acredite haberse concedido la correspondiente autorizacion judicial, sin cuyo requisito no serán inscribibles las escrituras que autoricen.»

La Direccion resolvió en 30 de los mismos en idéntico sentido, exigiendo para la inscripcion el requisito de la autorizacion judicial.

Artículo 247.—Tambien tendrá el hijo derecho:

Primero. A que los bienes inmuebles que formen parte del peculio se inscriban á su favor, si ya no lo estuvieren, con expresion de esta circunstancia.

Segundo. A que su padre asegure con hipoteca especial, si pudiere, los bienes que no sean inmuebles pertenecientes al mismo peculio.

ORÍGENES

Art. 202 Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

En este artículo se comprenden dos preceptos ó se confieren al hijo dos derechos.

El primero, esto es, el de pedir que los bienes inmuebles que formen parte de su peculio se inscriban á su nombre en el Registro de la propiedad, lo puede ejercitar siempre y en todo caso.

El segundo, esto es, el de que su padre (ó madre) asegure con hipoteca especial los bienes que no sean inmuebles correspondientes al mismo peculio, no puede ejercitarse siempre, sinó con sujecion á lo establecido en nuestro art. 215 (69 del Matr. civ.), que releva á los padres de la obligacion de afianzar, es decir, que el segundo párrafo del artículo presente, solamente tendrá aplicacion en el caso de que el padre ó madre contraiga segundas ó posteriores nupcias (Art. 143 Reg. de la Ley Hip.).

Los que inscriban á favor de un hijo de familia la propiedad de bienes inmuebles que por la

ley constituyan su peculio, harán constar esta circunstancia en la misma inscripcion, expresando la procedencia de dichos bienes.

Cuando se omita esta circunstancia en la inscripcion, deberán pedir que se hagan constar por medio de una nota marginal, puesta á la misma, los que tienen derecho segun la ley para exigir que en su caso se constituya hipoteca para la seguridad del peculio (Art. 142 del mismo Reglamento).

La inscripcion hipotecaria por peculio expresará todas las circunstancias que requiere la de hipoteca voluntaria, y ademas las siguientes:

1.ª La edad y estado del hijo dueño del peculio.

2.ª La procedencia de los bienes que constituyen el peculio.

3.ª Los bienes en que éste consista y su valor, ó el que se les haya dado para la constitucion de la hipoteca, en los términos que determina el art. 18 del Reglamento.

4.ª Expresion de constituirse ésta espontáneamente por el padre ó la madre ó en virtud de providencia y expediente judicial y á instancia de quién.

5.ª Si el juez ó tribunal hubiese admitido la hipoteca, pero declarando su insuficiencia, se hará así constar, y que queda obligado el padre ó la madre á hipotecar los primeros imuebles ó derechos reales que adquiera (Art. 144 del mismo Reg.).

Artículo 218.—Se entenderá que no puede el padre constituir la hipoteca de que trata el artículo anterior, cuando carezca de bienes inmuebles hipotecables.

Si los que tuviere fueren insuficientes, constituirá, sin embargo, sobre ellos la hipoteca, sin perjuício de ampliarla á otros que adquiera despues, en el caso de que se le exija.

ORÍGENES

Art. 203 Ley Hipot.

Artículo 219.—Si los hijos fueren mayores de edad, sólo ellos podrán exigir la inscripcion de bienes y la constitucion de hipoteca á que les da derecho el art. 217 (202 de la ley), procediendo para ello en la forma establecida en el tít. XX, lib. III, de este Código.

ORÍGENES

Art. 204 Ley Hipot.

Artículo 220.—Si los hijos fueren menores de edad, podrán pedir en su nombre que se hagan efectivos los derechos expresados en el art. 217:

Primero. Las personas de quienes procedan los bienes en que consista el peculio.

Segundo. Los herederos ó albaceas de dichas personas.

Tercero. Los ascendientes del menor.

Cuarto. La madre, si estuviere legalmente separada de su marido.

ORÍGENES

Art. 205 Ley Hipot.

COMENTARIO

En el artículo anterior y en el presente se determinan las personas que pueden reclamar ó hacer efectivos los derechos que la ley ha concedido á los hijos por sus peculios.

El precepto es claro: si el hijo fuere mayor de edad, él solamente podrá ejercitar sus derechos en el modo y forma en que ordinariamente se procede para la constitucion de hipotecas (Véase el art. 165 Ley Hipot.).

Si, por el contrario, el hijo fuere menor de edad, solamente podrán reclamar estos derechos á nombre del menor las personas que enumera el artículo, procediendo tambien de la manera que en general prescribe la ley que se ejerciten estas acciones.

De esta manera no serán ilusorias las garantías que la ley confiere al hijo, y la seguridad que da al extraño que contrata con el padre.

Artículo 221.—El curador del hijo dueño del peculio estará obligado, en todo caso, á pedir la inscripcion de bienes y la constitucion de la hipoteca legal; y si se anticipare á hacerlo alguna de las personas indicadas en el artículo anterior, se dará á dicho curador conocimiento del expediente, el cual no se decidirá sin su audiencia.

ORÍGENES

Art. 206 Ley Hipot.

COMENTARIO

El curador, en los casos en que éste exista al

mismo tiempo que viva el padre ó la madre, es el llamado en primer término á reclamar y solicitar la inscripcion de bienes del menor, y la constitucion de la hipoteca especial y bastante que ampare los derechos del menor. En todo caso deberá ser oido.

Con esto queda terminada la doctrina vigente acerca de los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos. Las disposiciones contenidas en la ley del Matrimonio civil, las disposiciones de las Partidas sobre peculio castrense y cuasi-castrense, y, por último, los artículos trascritos de la Ley Hipotecaria forman nuestra legislacion en este punto. Todas las demas leyes ó preceptos han perdido hoy su importancia.

CAPÍTULO III

DE LOS MODOS DE ACABARSE LA PATRIA POTESTAD

Artículo 222.—La patria potestad se extingue:

Primero. Por la muerte de los padres ó la del hijo (*a*).

Segundo. Por dignidad del hijo (*b*).

Tercero. Por la emancipacion (*c*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 1.ª, tít. XVIII, Partida 4.ª

(*b*) Leyes 7.ª, 8.ª, 9.ª, 10, 11, 12, 13 y 14, tít. XVIII, Partida 4.ª

(*c*) Ley 15, tít. XVIII, Partida 4.ª
Ley 10, tít. XVI, Partida 4.ª

JURISPRUDENCIA

El empleo ó cargo público que confiere jurisdiccion y atribuciones que imponen al que le ejerce la responsabilidad personal de sus actos, le exime de la patria potestad, porque sujetándole ésta á la voluntad de otro, obstaría al libre desempeño de aquél, produciéndose una incompatibilidad legal (Sent. 11 Mayo 1866).

COMENTARIO

La patria potestad ó se extingue por completo ó la pierde solamente aquel que la ejercía ó se ve privado de ella en virtud de algunas circunstancias más ó ménos durables.

Este artículo y los dos siguientes establecen los diversos casos en que esto acontece.

La muerte del padre y de la madre, ó solamente la muerte del hijo, terminan de una manera irrevocable la patria potestad.

No lo establecía así el Derecho Romano y las leyes de Partida, que hacían entrar al hijo en la potestad del abuelo, á ménos de haberse emancipado ántes de la muerte del padre.

En cambio nada decían estas leyes de la muerte de la madre, á la que no concedian potestad. Otorgada ésta por la ley del Matrimonio civil, ya no puede afirmarse que la muerte del padre baste para que se extinga la patria potestad, puesto que si bien termina en cuanto al padre, se trasfiere íntegra á la madre.

En cuanto á la dignidad del hijo, las leyes de Partida enumeran en interminable serie los cargos públicos cuyo ejercicio era causa de que el hijo saliera de la potestad paterna. Hoy esos cargos son desconocidos, por lo cual la jurisprudencia, interpretando de una manera recta el espíritu de la ley, ha sentado el principio que dejamos consignado en el lugar correspondiente.

En lo que á la emancipacion se refiere, en el cap. I, tít. X de este libro exponemos la doctrina vigente.

Algunos autores colocan entre los medios de que se acabe la patria potestad la pérdida de la nacionalidad. Nosotros no creemos esto oportuno, porque este medio será causa de que la patria potestad paterna se rija por otras leyes, pero de ningun modo razon suficiente para que se extinga.

En cuanto á la *muerte civil* (párrs. 1.º y 3.º, tít. XII, lib. I, Instituta: Ley 2.ª, tít. XVIII, Partida 4.ª), nada debemos decir tampoco, puesto que hoy no existe ni es admisible (Ley 4.ª de Toro).

Artículo 223.—El padre, y la madre en su caso, pierden la patria potestad:

Primero. Por cometer incesto (*a*).

Segundo. Por el abandono del hijo de tierna edad, causado por vergüenza, crudeza ó maldad del padre (*b*).

Tercero. Cuando es condenado á pena que lleve consigo la pérdida de la patria potestad (*c*).

Cuarto. Por divorcio con arreglo á los artículos 151 y 167.

ORÍGENES

(*a*) Ley 6.ª, tít. XVIII, Partida 4.ª

(*b*) Leyes del tít. IV, lib. IV, Fuero Juzgo.
Leyes del tít. XXIII, lib. IV, Fuero Real.
Ley del tít. XXXVII, lib. VII, Nov. Rec.
Ley 4.ª, tít. XX, Partida 4.ª

(*c*) Art. 43 Cód. penal.

JURISPRUDENCIA

Aunque una hija soltera resida accidentalmente fuera de la casa de su padre, no puede decirse que haya salido de la patria potestad (Sent. 21 Noviembre 1863).

El padre no ejerce su autoridad sobre el hijo abandonado por *vergüenza, crudeza* ó *maldad* (Sent. 18 Setiembre 1865).

COMENTARIO

No se extingue la potestad patria, pero la pierde aquel que ejerciéndola incurre en alguno de los casos que se enumeran en nuestro artículo.

El padre que comete incesto, el que abandona al hijo de tierna edad, el que es condenado á la pena de interdiccion civil ó á cualquiera de las que llevan consigo la pérdida de la patria potestad, ó el que diere lugar al divorcio, incurre en la pérdida de la patria potestad.

Nada dicen las leyes de la madre en lo que á la pérdida de esta potestad se refiere, pero desde luégo parece lógico suponer que, desde el momento en que la ley la confiere esta facultad, sea con sujecion á las mismas reglas, no sólo en cuanto á su uso y derechos que la acompañan, sinó tambien respecto á los modos como se pierde. La pérdida de la patria potestad de la madre resulta un medio de que dicha potestad se extinga, puesto que despues no la puede ejercer nadie, á no ser en el caso del párr. 2.º, número 3.º del art. 88 de la ley del Matrimonio civil.

El incesto es un delito ó un acto de tal especie, que hace presumible en el padre carencia de afecciones hacia la familia; éste, sin duda, ha sido el motivo que ha inducido al legislador á colocarlo en el número de las causas que dan lugar á la pérdida del poder paterno.

Idéntico motivo resulta cuando el padre ó la madre abandonan al niño de corta edad, por vergüenza, crudeza ó maldad, segun expresa la ley.

El Tribunal Supremo ha declarado que se infringe la ley al declararse que por el abandono de una hija hecho por su madre al darla á luz, carece de derecho para reclamarla y tenerla en su compañía (Sent. 18 Setiembre 1865).

Debe, pues, entenderse la ley tal como está escrita; por eso conservamos sus palabras.

La interdiccion civil que acompaña á ciertas penas priva al penado, miéntras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría, participacion en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administracion de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos (1).

En cuanto al divorcio, véase lo que hemos dicho con la suficiente extension en los capítulos correspondientes.

Artículo 224.—Los tribunales podrán tambien privar de la patria potestad al padre ó á la madre en su caso:

Primero. Si castigare al hijo cruelmente.

Segundo. Si intentare prostituir á la hija.

Tercero. Si aceptare manda ó legado con la condicion de emancipar al hijo.

Cuarto. Si el hijastro adoptado, siendo menor de 14 años, acudiere despues de esta edad pidiendo la emancipacion por hallarse, con justo motivo, descontento de su padrastro.

ORÍGENES

Ley 18, tít. XVIII, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 7.º, núm. 2, cap. V, libro I, Cód. Baviera.—371 Luisiana.—77 y 78 Austria.—Ley 5.ª, tít. XII, lib. III, Digesto.—Ley 12, tít. IV, lib. I, Cód.

COMENTARIO

Dice la Ley de Partida: «Fallamos cuatro razones, porque se pueden costreñir al padre, que

(1) Véase art. 43 Cód. pen.

saque de su poder á su fijo; como quier que diximos en las leyes anteriores que lo non podrian apremiar que lo fiziesse. La primera es: quando padre castiga al fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad quel deve auer segund natura. Ca el castigamiento deve ser con mesura e con piedad. La segunda es: si el padre ficiese tan grand maldad, que diesse carrera a sus fijas de ser malas mugeres de sus cuerpos, apremiandolas que fiziessen a tan gran pecado. La tercera es: si vn ome mandasse a otro en su testamento alguna cosa so tal condicion, que emancipasse por ende á sus fijos. Ca si rescibiesse lo quel fuesse mandado desta guisa, tenudo es de los emancipar; e si non quisiere, pueden lo apremiar que lo faga. La quarta es: si alguno porfijasse su antenado que fuesse menor de catorce años. Ca si este atal, desque passare por esta edad, se fallare mal de su padrastro porquel desgaste lo suyo, o en otra manera cualquier, deuelo mostrar al Juez; e si fallare el Juez que àssi es, deuelo apremiar que lo emancipe.»

En cualquiera de estos casos deberá declarar el tribunal ante el que acuda parte interesada que el hijo sale de la potestad de su padre ó madre en su caso.

El silencio de la ley da lugar á esta duda: el hijo que sale de la potestad de su padre por uno de estos motivos, ¿queda emancipado, ó entra en el poder de la madre? La ley no podía establecer doctrina sobre este punto, puesto que no reconocía esta facultad en la madre. Sin embargo, nos parece que el hijo, en cualquiera de estos casos, debe caer en la potestad de la madre, pues no es justo que quede desamparado, ni racional que se le provea de tutor ó curador.

El hijo podrá pedir su depósito cuando reclamare salir de su potestad por cualquiera de estas causas á fin de evitar que el padre le maltrate en el tiempo que medie hasta la resolucion del juez ó tribunal competente.

Tales son, en resúmen, las disposiciones contenidas en nuestros Códigos respecto á la patria potestad, modos de constituirse, facultades y derechos que crea y causas por que se disuelve, extingue ó suspende.

Réstanos hablar únicamente de la emancipaci on, por la cual se desatan igualmente los vín culos legales que se forman por la paternidad.

En el cap. I, tít. X de este mismo libro se expone la doctrina vigente acerca de la misma.

TÍTULO IX

DE LA TUTELA

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 225.—La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del huérfano menor de 14 años y de la huérfana menor de 12.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XVI, Partida 6.ª

COMENTARIO

La patria potestad tiene por principal objeto el cuidado del niño, su educacion: en una palabra, obedece á su utilidad. Cuando no existen padres subsiste la inexperiencia del menor, y, por tanto, la necesidad de un guía y de un amparo. La ley entónces coloca á su lado al tutor. El tutor, pues, tiene por principal mision hacer al hijo ménos sensible la falta de padres, acudiendo á llenar todas las necesidades que el menor experimente, alimentarlo, educarlo, protegerlo, representarlo y conservar sus bienes. El tutor debe velar por la persona y por los bienes del menor, cuidando en primer término de la persona, en lo cual se diferencia de la curaduría que se preocupa *primariamente* de los bienes, como veremos oportunamente.

Todos los Códigos consagran esta institucion, y todos ellos dedican una buena parte á esta interesante materia.

En Roma existió desde los tiempos de Anco Marcio, y se daba á los varones hasta los catorce años y á las hembras durante toda su vida.

El Fuero Juzgo y el Real conocieron únicamente la tutela, no la curaduría, y duraba hasta los 20 años cumplidos (1).

En general, los Códigos modernos no hacen distincion entre tutela y curaduría (como la consignan nuestras leyes), comprendiendo bajo la palabra tutela una y otra institucion. El proyecto de Código siguió el mismo rumbo, y solamente admitió la curaduría para los dementes, pródigos, etc., etc., es decir, la que hoy llamamos curaduría ejemplar.

La tutela es de derecho de gentes, segun opinion de muchos autores: *ad curam publicam pertinet.*

«Maguer el rey es tenudo de guardar todos los de su tierra, señaladamente la deue facer a estos» (los huérfanos), dicen las Partidas; el Código prusiano añade que el Estado delega este poder y llena esta obligacion por medio de los tutores y curadores (art. 131).

La tutela se diferencia de la curaduría:

1.º En que la tutela se da únicamente á los que no han llegado á la edad de la pubertad, y la curatela se da á los que han pasado de esta edad y no han cumplido la de 25.

2.º En que la tutela tiene por principal objeto la custodia de la persona menor, y secundariamente la de su patrimonio, y, por el contrario, en la curaduría se atiende en primer término al cuidado de los bienes, y en segundo lugar al de la persona.

3.º Que la tutela es testamentaria ó legítima

---

(1) Ley 13, tít. I, y 3, tít. III, lib. IV, Fuero Juzgo.—Leyes 1.ª y 2.ª, tít. VII, lib. III, Fuero Real.

ó dativa, y la curaduría sólo testamentaria y dativa (1).

4.° Que en el nombramiento del tutor no interviene el menor, pero sí en el del curador, á no ser testamentario.

Algunos autores señalan ademas como diferencia el que la curatela no puede ser testamentaria, afirmacion que destruye la ley de Enjuiciamiento civil, así como tampoco puede afirmarse que la curaduría no se da á los pupilos que no la quieren.

Acabamos de indicar que la tutela puede ser de tres clases, testamentaria, legítima y dativa; de cada una de ellas nos ocuparemos en capítulos separados.

Artículo 226.—Se reputarán huérfanos para los efectos del artículo anterior, los que hayan perdido al padre y á la madre.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. III, lib. IV, Fuero Júzgo.

COMENTARIO

Puesto que la tutela se da al huérfano, lo primero que nos interesa saber es quién es el huérfano y cuál merece esta denominacion para la ley.

Durante mucho tiempo (hasta la ley del Matrimonio civil), á pesar de hallarse vigente la ley del Fuero Juzgo, que determinaba claramente quiénes debían ser tenidos por huérfanos, se comprendieron bajo esta denominacion todos aquellos que habían perdido á su padre, siquiera tuvieran viva á la madre, porque en el sentido legal el huérfano es aquel que, hallándose en la menor edad, no está sujeto á la patria potestád, y en esta situacion se hallaba el que, habiendo perdido á su padre, conservaba la madre.

Mas desde el momento en que la ley del Matrimonio civil confirió la potestad patria á las madres, no puede afirmarse con verdad que aquel cuya madre vive sea huérfano. De esta manera ha recobrado su vigor la disposicion del Fuero Juzgo que se contiene en nuestro artículo.

Bajo la palabra genérica «hayan perdido al padre y á la madre», debe comprenderse, no sólo en el caso en que uno y otro hayan fallecido, sinó el en que ambos estén legalmente imposibilitados de ejercer la patria potestad, porque en este caso, hallándose desamparados de aquellos que le dieron el sér, están lo mismo que si en efecto hubieran éstos fallecido.

Artículo 227.—La tutela es un cargo del que nadie puede excusarse, á no asistirle justa causa.

Se exceptúan de esta disposicion los tutores legítimos.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XVII, Partida 6.ª
Ley 2,ª tít. XVI, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. VII, lib. I, Fuero Real.

CONCORDANCIA

Concuerda con: Arts. 419 y 427 Cód. Francia.

JURISPRUDENCIA

El cargo de tutor ó curador es personalísimo, como todos los que le son análogos, y, por consiguiente, no se puede sustituir ni delegar; pero no se presume abandonado aunque en interes del menor ó demente se haya confiado su asistencia y la administracion de sus bienes á tercera persona (Sent. 22 Diciembre 1860).

COMENTARIO

La curatela es una institucion que se ha considerado como *munus publicum* y, por consiguiente, es cargo que debe aceptarse siempre á no mediar causa bastante debidamente justificada. Así, pues, tanto el tutor testamentario como el dativo, y en especialidad este último, no pueden renunciar sin causa la tutela que se les ha conferido.

En cuanto al tutor legítimo, dice la ley: *o si lo ha* (pariente á quien corresponda la tutela legítima) *es embargado de manera que non lo puede o non lo quiere guardar.* De manera que salva esta excepcion, la tutela es tenida como cargo público irrenunciable.

Excusado será decir que en nuestro concepto, no está bastante justificada esta excepcion: si para el extraño es cargo público, y como tal irrenunciable el de tomarse algun cuidado y velar por la persona y bienes de un huérfano; para el pariente debe ser ademas de cargo público, cargo familiar, doblemente sagrado é irrenunciable tambien. Salvaríamos siempre el caso de que una causa justa les pusiese á cubierto de aquella obligacion.

(1) Véanse los arts. 229 y siguientes; 233, 234, 235 y siguientes.

Cuáles sean las justas causas en cuya virtud pueda el nombrado tutor eximirse del cargo, ya lo estudiaremos en el lugar correspondiente.

Artículo 228.—Si fueren varios los tutores, deberán éstos obrar de comun acuerdo.

Si no hubiere acuerdo entre ellos, el juez designará para ejercer por sí solo el cargo al que ofreciere fianza, y en caso de ser varios los que la ofrezcan, el juez conferirá la tutela al que merezca su confianza.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XVI, Partida 6.ª

COMENTARIO

Las leyes romanas y las de Partida admitieron como posible la existencia de varios tutores que ejercieran conjuntamente el cargo de guardar la persona y bienes del menor.

Muchos Códigos, y el Proyecto de Código con ellos, no admiten más que un solo tutor, el cual administrará todos los bienes, aunque se hallen situados en diversos y áun lejanos países, valiéndose para ello de administradores ó apoderados. «De esta manera,—dice Goyena,—habrá más unidad, rapidez y sencillez en la administracion, y el huérfano gana en habérselas con uno solo.»

Segun nuestras leyes, cuando fueren varios los tutores, todos ellos obrarán de acuerdo en el ejercicio del cargo. Mas si no existiese acuerdo, será preciso que no haya más que un solo tutor, y lo será el que preste fianza (esto será en el caso de que todos ellos estén relevados de fianza) ó el que el juez conceptúe más conveniente al menor, si fueren varios los que la ofrecieren.

CAPÍTULO II

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA

Artículo 229.—El padre puede nombrar tutor en testamento á sus hijos menores incluso al póstumo.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 3.ª, tít. XVI, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. VII, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 397 Cód. Francia.—242 Italia.—193 y siguientes Portugal.—409 Holanda.—173 Rusia.—275 Luisiana.—214 Vaud.—Ley 4.ª, tit. II, lib. XXVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Los tutores ó curadores nombrados por el padre han de obtener el discernimiento de cargo en los mismos términos por él establecidos (Sent. 13 Noviembre 1868).

Así los padres como los abuelos, y áun los extraños, pueden libremente nombrar guardadores á los menores de edad á quienes instituyen, legan ó dónan alguna porcion de sus bienes, disponiendo de ellos y aplicándolos de la manera que juzguen más oportuna (Sent. 29 Octubre 1869).

COMENTARIO

Hemos dicho que la primera clase de tutela era la testamentaria, que como su mismo nombre lo indica, nó es otra cosa que la designacion hecha en testamento, de un tutor para el huérfano.

¿Quiénes pueden hacer esta disposicion testamentaria?

1.° El padre, ya sea legítimo, ya natural.
2.° La madre en defecto del padre.
3.° El extraño que instituye por heredero al menor.

El padre (con arreglo á lo dispuesto en la ley del Matr. civ., art. 64) solamente podrá nombrar tutor á sus hijos cuando éstos carezcan de madre, pues teniéndola están bajo la potestad de ella.

El nombramiento de tutor hecho en testamento por el padre para sus hijos, adquirirá valor cuando la madre falleciere sin haber designado tutor testamentario; pero si la madre

hubiera hecho el nombramiento, ¿valdrá la designacion que el padre hizo anteriormente?

A nuestro entender no, porque el padre no puede usar de más facultades de las que tiene, y la facultad de designar curador sólo puede ejercitarse cuando su muerte deja á los hijos huérfanos en el sentido de la ley. De otra manera la facultad se trasfiere íntegra á la madre, y, por consiguiente, la designacion que ésta haga será la única válida.

Del mismo modo, la madre en su testamento, tampoco podrá nombrar válidamente curador á sus hijos más que en el caso de que el padre hubiera fallecido con anterioridad.

El nombramiento de tutor, dice la ley, puede ser «simplemente e a tiempo cierto, o so condicion, segun que fuere su voluntad del fazedor del testamento.»

Artículo 230.—En defecto del padre corresponde á la madre la misma facultad.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XVI, Partida 6.ª
Art. 64 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 397 Cód. Francia.—242 Italia.—194 Portugal.—409 Holanda.

COMENTARIO

La madre que face testamento, en que estableciesse por sus herederos á sus fijos que non hoviessen padre, bien les puede establecer guardador en el, dícese en la ley de Partida.

Pero segun dicha ley, la madre solamente podía hacer la designacion en el mismo caso y con las mismas condiciones que un extraño, esto es, nombrando por heredero al hijo á quien pretenda dar tutor ó curador, puesto que *si non estableciesse por su heredero al fijo, non le podria dejar guardador, maguer le dejase de otra guisa alguna partida de sus bienes;* pero despues de la ley del Matrimonio civil esta doctrina es insostenible, porque teniendo la madre la patria potestad en defecto del padre, disfruta de todos los derechos y facultades que la acompañan, y, por consiguiente, el de nombrar tutores y curadores á sus hijos, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes cuando se trate del padre.

Artículo 231.—La facultad de nombrar tutor se extiende tambien al padre respecto del hijo natural á quien instituye heredero.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 279 Cód. Luisiana.—Ley 7.ª, tít. III, lib. XXVI, Digesto.

COMENTARIO

«Tambien al fijo de barragana, como al que fuere de muger legítima, puede el padre dar guardador á su finamiento, que guarde a el e a los bienes que lo fizo su heredero,» son las palabras de la ley.

¿Será preciso que le instituya por heredero universal, ó bastará que le deje la porcion que la ley le señala?

En nuestro entender bastará esto último.

Si concurrieren dos tutores, uno designado por el padre natural y otro por la madre, ¿cuál tendrá preferencia?

La cuestion, en sentir de Gutierrez, no es muy dudosa, porque así como tratándose de la legitimidad todas las cuestiones se resuelven á favor del padre, siempre que se trata de hijos ilegítimos la preferida debe ser la madre, por cuya razon se tendrá por nombrado el tutor que ésta designó.

Tratándose de hijos naturales, desde luégo parece indicarse por la ley que si el padre no los instituyere por herederos ó los desheredase, tampoco podrá designarles tutor ó curador.

Pero cuando el padre ó madre legítimos deshereden con justa causa al hijo menor de edad, ¿podrán designarle tutor ó curador, ó habrán de abstenerse por completo de este nombramiento?

Al no consignar la ley esta excepcion habiendo tenido buen cuidado de hacerla tratándose del padre natural, parece indicar que no solamente al hijo nombrado heredero, sinó tambien al preterido y áun al desheredado, puede el padre, y en su defecto la madre, dar tutor ó curador testamentario.

El Derecho Romano establecía claramente esta misma doctrina *instituto filio vel exheredato* (1). Y en efecto, siendo en beneficio del huérfano y derivándose de la patria potestad, debe tenerse por válida la designacion hecha por el padre que deshereda justamente á su hijo.

Artículo 232.—El extraño que instituya á

(1) Leyes 4.ª y 10, párr. 2.º, tít. II, lib. XXVI, Digesto.

un huérfano por su heredero, puede designarle tutor testamentario.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XVI, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

No solamente el extraño que nombra á un menor por su heredero puede designarle tutor, sinó aquel que le deja manda ó legado de importancia. (Sent. 29 Octubre 1869).

COMENTARIO

La ley confiere al extraño (esto es, á aquel que no tiene la patria potestad sobre el menor) la facultad de nombrar tutor al huérfano á quien instituye heredero en su testamento.

La prueba de afecto que da el extraño al dejar toda su fortuna á un menor, es suficiente para que deba presumirse en él buen acierto en la eleccion de la persona que ha de cuidar del huérfano y sus bienes.

Aunque la ley dice que le *estableciesse por su heredero*, como hoy la institucion de heredero tiene diversa significacion que en el Derecho Romano, se ha creído que debía ampliarse el precepto en el sentido de que puedan hacer idéntica designacion los que sin nombrar al huérfano por heredero universal, legan ó donan al menor alguna porcion de sus bienes (Sent. ántes citada).

En cuanto á los requisitos que deben llenar los tutores y curadores para ejercer su cargo, la ley de Enjuiciamiento civil dispone que acreditado el nombramiento de tutor hecho por el padre en última disposicion, se le discernirá el cargo por el juez sin exigirle fianzas, si se lo hubiere dispensado de ellas (art. 1219).

Esto no obstante, por sent. 26 Abril 1862, se declaró que los tutores testamentarios dados por el padre á sus herederos é hijos legítimos, no tienen necesidad de este discernimiento para desempeñar válidamente su cargo, segun se deduce de la ley 8.ª, tít. XVI, Partida 6.ª

No habiendo relevacion de fianzas, se exigirán proporcionadas al caudal que haya de administrarse.

Si la madre, á falta de padre, hubiere nombrado tutor á su hijo, se discernirá tambien el cargo al nombrado sin fianza, si hubiere sido relevado de ella por la madre.

Esto mismo se observará tambien respecto al nombrado tutor por cualquiera persona que haya instituído heredero al menor, ó dejádole manda ó legado de importancia.

En ambos casos puede el juez exigir fianzas al tutor nombrado, áun cuando haya sido relevado de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregársele.

El importe de las fianzas se determinará con audiencia del promotor fiscal.

La misma audiencia deberá prestarse para la apreciacion y aprobacion de los que se dieren.

En los casos en que el menor tuviere con anterioridad nombrado curador para pleitos, se oirá á éste sobre la importancia y aprobacion de las fianzas en lugar del promotor. (Véanse los arts. 1219 y siguientes, ley Enjuic. civ.)

CAPÍTULO III

DE LA TUTELA LEGÍTIMA

Artículo 233.—Tiene lugar la tutela legítima:

Primero. Cuando no ha sido nombrado tutor testamentario, ó el nombrado murió en vida del que le nombró.

Segundo. En el caso previsto en el párrafo 2.° del art. 167.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 402 Cód. Francia.—200 Portugal.—244 Italia.—198 Austria.

JURISPRUDENCIA

Sent. 5 Abril 1867.

COMENTARIO

«Sin testamento muriendo algun ome, que ouiesse fijos e non los ouiesse dado guardado-

res: o si fiziese testamento, e non los dexasse en guarda de ninguno, e si les dexasse guardadores, e se muriessen ante que el padre dellos: si los moços non ouieren madre nin auuela, mandamos que los parientes mas cercanos que ouieren e que estuvieren en un mismo grado, sean guardadores dellos e de todos sus bienes: estos atales son llamados legitimos. Pero decimos que ante que usen de los bienes de los moços, deben dar fiadores valiosos al juez del lugar, que prometan e se obliguen por los guardadores que ellos aliñaran e guardaran bien e lealmente los bienes de los huérfanos e los frutos dellos. E sobre todo deben jurar los guardadores de facer todas las cosas que sean a pro de los huérfanos, e de non se entremeter de facer cosa que se torne a daño dellos: e que guardaran lealmente sus personas e sus cosas. Mas si los huérfanos ouiesen madre o auuela que quisiesse guardar los huerfanos e sus bienes, la madre lo puede facer ante que ninguno de los otros parientes, solo que sea buena muger e dé recabdo. Pero debe dar la seguranza que desuso digimos en la 6.ª ley ante desta. E si la madre non quisiere entremeterse desto, puede entonce el auuelo auer la guarda dellos.»

Tales son los principios consignados en la ley de Partida respecto de la tutela legítima.

En su virtud, pues, solamente cuando no se ha nombrado en testamento, ó cuando el nombrado tutor falleció ántes que el testador, habrá lugar á la tutela legítima. Y si el nombrado falleciese despues de la muerte del que le designó, ¿serán llamados los parientes? Gregorio Lopez manifiesta que en este caso deben ser llamados los parientes á la tutela legítima.

Goyena, en el comentario al art. 181 del Proyecto de Código que establece exactamente lo mismo que la ley de Partida que hemos copiado, dice muy oportunamente en contra de la opinion de Lopez: «Nuestro núm. 1.º está claro y aleja todas las cuestiones; fundándose en la voluntad presunta de los padres; si absolutamente no dan tutor, ó sabiendo que ha muerto el nombrado no proveen de otro, dan á entender su confianza en los legítimos; en todos los demas casos dieron á entender lo contrario, y habrá, por lo tanto, de procederse al nombramiento de tutor dativo» (1).

En el caso del párr. 2.º del art. 167, la ley no dice qué clase de tutela es la que debe tener lugar; mas á nuestro entender, debe darse la preferencia á la legítima, siempre que esto sea posible. Así lo dispone tambien el Proyecto de Código en el artículo ántes citado.

Las leyes de Partida hablan de otras tutelas que hoy, ó son inadmisibles, ó tienen un carácter completamente distinto del que se les daba en aquel Código.

En Aragon no se conoce la tutela legítima (1).

(1) Proyecto de Cód. civ., pág. 194.

Artículo 234.—La tutela legítima corresponde:

Primero. Al abuelo paterno.

Segundo. Al abuelo materno.

Tercero. A las abuelas paterna y materna por el mismo órden, miéntras permanezcan viudas, si renuncian al beneficio de no poder obligarse por otro.

Cuarto. Al pariente más cercano del menor.

Todas estas personas se reemplazarán en la tutela por el órden que van enumeradas.

ORÍGENES

Leyes 4.ª y 9.ª, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 402 y 403 Cód. Francia. 244 Italia.—Véanse las demas concordancias del artículo anterior.

JURISPRUDENCIA

La ley, al prescribir que á falta de tutor testamentario y de madre y de abuela de los menores, deba recaer este cargo en el pariente más cercano, supone que éste reuna las cualidades necesarias para su desempeño, segun la ley 4.ª, tít. XVI, Partida 6.ª, porque en otro caso se halla incapacitado para ello (Sent. 5 Abril 1867).

COMENTARIO

Determínase en este artículo el órden de los llamamientos cuando se trata de la tutela legítima.

Debemos advertir que lo prevenido en nuestro artículo es lo vigente, porque la ley del Matrimonio civil ha conferido á las madres la patria potestad sobre sus hijos en defecto de los padres: mas tratándose de viudas anteriores á la publicacion de dicha ley (1870), rigen aún las

(1) Observ. 9.ª *de tutorib.*, lib. V.

prescripciones de la legislacion antigua, por cuya virtud ocupan el primer lugar en la tutela legítima: las madres miéntras permanecen en el estado de viudedad, si hicieren igual renuncia que las abuelas, obteniendo en caso de pasar á segundas ó posteriores nupcias, la real habilitacion para continuar desempeñando dicho cargo, á tenor de lo que dejamos consignado en el comentario del art. 11.

A pesar de que por regla general, como verémos despues, las mujeres son incapaces para el cargo de tutoras, la ley ha hecho una excepcion en favor de las abuelas por reconocer en ellas cariño suficiente á dispensar la inferioridad en conocimientos, si acaso existe.

Cuando hubiere lugar á la tutela legítima, el juez designará para ejercer este cargo, el pariente á quien corresponda con arreglo á la ley, y previa su aceptacion y prestacion de fianzas, en la misma forma en que hemos dicho tiene lugar tratándose de la tutela testamentaria, se le discernirá el cargo.

En todos los casos en que el juez hubiere de designar tutor, puede, si el pariente más inmediato ó cualquiera otro de los que le sigan en órden, no reuniese la cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, conferirla á otra persona que merezca su confianza (arts. 1226, 1227 y 1229, ley de Enjuiciamiento civil).

CAPÍTULO IV

DE LA TUTELA DATIVA

Artículo 235.—El nombramiento del tutor dativo corresponde al juez de primera instancia.

ORÍGENES

Ley 12, tit. XVI, Partida 6.ª
Art. 1228, Ley de Enjuiciamieuto civil.

CONCORDANCIAS

Confieren á los tribunales esta facultad el artículo 90 Cód. Prusia.—7.º Baviera.—200 Austria. 122 Vaud.—177 Rusia.

COMENTARIO

Así como el tutor testamentario es nombrado por el padre, madre ó extraño en el modo y forma que ya hemos visto, y el legítimo viene á desempeñar el cargo por ministerio de la ley, así el tutor dativo es designado directamente por el juez.

No habiendo pariente á quien designar,—dice el art. 1228 de la ley de Enjuiciamiento,—se hará constar esto debidamente, y el juez elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo, discerniéndoselo previo lo que queda establecido en el artículo anterior; esto es, la aceptacion del designado (que no podrá rehusar sin causa), y la prestación de fianzas en la forma que en otro lugar dejamos consignada.

El menor tiene que recibir el tutor nombrado por el juez, y acabada la tutela deberá el tutor amonestar al menor para que pida curador (Gutierrez, núm. 141).

Es juez competente, segun la ley de Partida: 1.º, el del lugar *do nacio el mozo o el padre del*; y 2.º, *donde hobiere la mayor partida de sus bienes*.

Pero el art. 309, regla 4.ª, de la Ley orgánica del poder judicial, dice que será competente el juez del domicilio del padre ó de la madre, cuya muerte ocasione el nombramiento, y en su defecto el del domicilio del huérfano ó el de otro lugar en que hubiere bienes inmuebles.

Artículo 236.—La tutela dativa tiene lugar en defecto de la testamentaria y legítima.

Los parientes más próximos deberán solicitar que se nombre tutor al huérfano. Si no lo hicieren perderán el derecho á sucederle abintestato.

En defecto de los parientes, cualquiera podrá solicitar que se le designe un tutor (*a*).

No habiendo quien solicite el nombramiento de tutor, el Juez lo designará de oficio (*b*).

ORÍGENES

(a) Ley 12, tít. XVI, Partida 6.ª
(b) Ley 3.ª, tít. X, Partida 2.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 405 Cód. Francia.—202 y 203 Portugal.—288 Luisiana.—413 Holanda.

COMENTARIO

La primera disposicion de este artículo está perfectamente en armonía con el número primero de nuestro art. 233. Así, por consiguiente, cuando haya tutor testamentario éste será el preferido, á falta de él, y se entenderá que falta cuando no hubiere sido nombrado, ó si lo hubiere sido, murió ántes que el que lo nombró, tendrá lugar la tutela legítima: en todos los demas casos se proveerá á los menores de tutor dativo.

Hé aqui la ley de Partida vigente en esta materia.

«Desamparado fincando el moço que fuesse menor de catorze años, de guisa que su padre non lo ouiesse dexado Guardador en su testamento, nin ouiesse pariente cercano que lo quisiesse guardar; estonce, la madre é los otros parientes que eredarían a este moço si moriesse sin testamento, deuen e pueden pedir al Juez del lugar, que le de Guardador a tal que sea bueno e rico, e que entienda que lo rescibe, mas por pro del moço que de si mismo. E si estos a tales non piden guardador a tal moço, como dicho es, pierden por ende aquel derecho que auian de eredar en los bienes del huerfano si muriesse sin testamento: demas dezimos que si los parientes fuessen negligentes en demandar Guardador al huerfano sobredicho, o si non ouiesse parientes que lo fiziessen, estonce los amigos del moço o otros qualesquier del Pueblo deuen pedir al Juez que dé al huerfano Guardador, que sea atal que aliñe el pro del moço, e el Juez lo deue facer por si, é non por otro auieudo el mozo en su valía mas de quinientos marauedis... E tal Guardador como este, de que fablamos en esta ley es llamado datiuo: que quier tanto dezir como guardador dado por otorgamiento del Juez... y el juez quier sea el mozo delante o non, é aunque lo contradixiesse...»

Siempre, pues, que exista un menor que no se halle asistido de tutor, deberá acudirse al Juez á fin de que éste designe á la persona que tenga por conveniente. Los parientes son los obligados en primer término á poner en conocimiento del Juzgado este hecho. La pena que la ley impone á los morosos ó negligentes en el cumplimiento de este deber es la desheredacion si el menor muriese sin testamento, porque si le hubiese, su voluntad sería respetada siempre que reuniera las condiciones que en su lugar expondremos. Si sobre el nombramiento de tutor dativo se empeñase cuestion, se sustanciará por la vía ordinaria, y en el pleito que se siga representará al menor el mismo tutor que el Juez le hubiere nombrado, que tendrá el carácter de su curador para dicho pleito determinadamente (art. 1230 Ley de Enjuiciamiento civil).

Algunos Códigos y el Proyecto de Código civil con ellos, han introducido una modificacion importante en este punto, colocando al lado del tutor una autoridad de vigilancia, el pro-tutor, nombrado por el consejo de familia y cuya mision es sustentar los derechos del menor, cuando se hallen en oposicion con los del tutor, y poner en conocimiento del consejo de familia cuanto crea dañoso al huérfano en su educacion é intereses, etc., etc.

En este lugar tambien coloca el Proyecto de Código el consejo de familia, institucion que entre nosotros no ha tomado plenamente carta de naturaleza. Solamente cuando se trata del consentimiento para contraer matrimonio hay algo parecido al consejo de familia que se conoce en otros pueblos (Véase lo que respecto á su organizacion hemos dicho en aquel lugar, pág. 67).

CAPÍTULO V

DE LA CURADURÍA

Artículo 237.—El huérfano mayor de 14 años y la huérfana mayor de 12 y menores de 25, deberán estar asistidos de un curador para bienes.

El nombramiento de este curador corresponde al menor cuando no exista testamentario.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XVI, Partida 6.ª
Arts. 1231 y siguientes Ley Enjuic. civ.

COMENTARIO

«Curadores,—dice la ley de Partida,—son llamados aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorze años e menores de veinticinco seyendo en su acuerdo... El curador non debe ser dejado en testamento, pero si fuesse y puesto, e el juzgador entendiere que es a pro del moço, debelo confirmar. E aun dezimos que el huerfano que ha guardador non le deben dar otro. Fueras ende si aquel que lo tiene en guarda, fuesse ome de mal recabdo: o tal que ouiesse de veer tanto en lo suyo que non pudiesse aliñar los bienes del huerfano, o si enfermasse... Estonce pueden le dar otro guardador que lo guarde en lugar de aquel a quien dicen en latin *curator*, fasta que el otro sea sano, o torne del camino.»

El legislador, queriendo respetar la capacidad de un jóven, no quiso que otro más que él tuviera la facultad de nombrar el curador. Esto no obstante, encontró que no era fácil ni conveniente prescindir de la designacion hecha por el padre, por lo cual prescindió, en el fondo, de la capacidad del menor; así es que en realidad existe la curaduría testamentaria del mismo modo que la tutela.

La ley no habla determinadamente del testamento del padre ó de la madre ó del extraño, pero debe entenderse que dentro de la ley caben todos. Así lo ha interpretado la ley de Enjuiciamiento civil.

Si el padre hubiere nombrado curador para sus hijos, se les discernirá el cargo en la forma que por él se haya prevenido.

Si el padre no hubiere relevado de fianzas á la persona nombrada, no podrá discernírsele el cargo sin que las haya previamente prestado.

Si la madre hubiere nombrado curador á sus hijos, se le discernirá tambien el cargo, exigiéndole fianzas si no ha sido relevada de ellas y sin exigírselas en el caso de haber esta relevacion.

Esto mismo se observará tambien en el caso de que alguna persona que hubiere instituído heredero al menor ó dejádole manda de importancia, le haya nombrado curador.

Si el menor se opusiere al nombramiento de curador, hecho por la madre ó por la persona que le haya instituído heredero ó dejádole manda de importancia y el juez lo creyere fundado, podrá negar el discernimiento del cargo al nombrado.

Caso de empeñarse cuestion sobre cualquiera de los particulares indicados anteriormente, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor: primero, el tutor si lo hubiese tenido; segundo, el que haya sido su curador para pleitos; tercero, y á falta de los dos anteriores, el promotor fiscal del juzgado.

No habiendo curador nombrado por el padre, madre ó persona que haya instituído heredero al menor, ó dejádole manda de importancia, corresponderá al mismo menor su nombramiento.

El nombramiento de curadores deberán hacerlo los menores ante el juez por comparecencia que suscribirán.

Si la persona nombrada no reuniere las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, podrá el juez negarle el discernimiento y exigir del menor que nombre otro en su lugar.

Hecho el nombramiento, el juez, con audiencia del promotor, si no tuviese el menor con anterioridad curador para pleitos, y con la de éste en lugar de aquél, habiéndolo, determinará la fianza que el curador nombrado haya de prestar. La misma audiencia deberá tener lugar

para apreciar y aprobar la fianza que se prestare.

Aprobada la fianza se discernirá el cargo al nombrado curador (1).

Tal es la doctrina que nuestras leyes consagran en esta materia.

Artículo 238.—La curaduría es un cargo personal.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XVI, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Aun cuando, segun doctrina legal, el cargo de curador es personalísimo y no admite delegacion, puede el que le desempeña (en el concepto de ejemplar) confiar á un tercero el inmediato cuidado y asistencia del demente (2) puesto bajo su curatela, y áun la administracion de sus bienes, siempre que aparezca haberlo hecho en beneficio de la persona y bienes del demente, y para mejor desempeño de todo aquello en que no sea absolutamente necesaria la intervencion del curador (Sent. 22 Diciembre 1860).

COMENTARIO

La ley permite para un pupilo muchos tutores, pero no consiente para un menor más que un solo curador. «*E aun decimos que el huerfano que ha guardador non le deben dar otro.*»

Esto no obsta para que si el curador *fuese ome de mal recabdo o tal que ouiesse de ucer tanto en lo suyo que non pudiesse aliñar los bienes del huerfano, o si enfermasse o ouiere de ir en romeria*, o *en otro grand camino*, se pueda nombrar interinamente otro curador ó administrador de los bienes, á fin de que éstos no desmerezcan por abandono.

Salvas las modificaciones que en el artículo precedente y en éste dejamos consignadas, en todo lo demas, la curaduría se rige por las mismas reglas que la tutela.

CAPÍTULO VI

DE LAS PERSONAS INHÁBILES PARA SER TUTORES Y CURADORES Y DE SU SEPARACION

Artículo 239.—No pueden obtener los cargos de tutor ó curador:

Primero. Las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 134.

Segundo. Los menores de edad.

Tercero. Los incapacitados legalmente.

Cuarto. Los que adolezcan de impedimento físico que les prive de atender á sus asuntos propios.

Quinto. Los obispos.

Sexto. Los demas eclesiásticos á no ser parientes del menor.

Séptimo. Los deudores del huérfano, no habiendo sido nombrados en testamento por los padres.

Octavo. Los recaudadores de rentas públicas.

Noveno. Los militares en activo servicio.

Décimo. Los que estén sufriendo condena que lleve consigo interdiccion.

ORÍGENES

Leyes 4.ª, 13 y 14, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 442 y siguientes Cód. Francia.—436 Holanda.—442 Italia.—234 Portugal.—192 Rusia.—130 Prusia.—191 y siguientes Austria.—240 Vaud.—332 Luisiana.

JURISPRUDENCIA

Aunque las mujeres son legalmente incapaces para ejercer el cargo de tutoras y curadoras, la madre y la abuela de los huérfanos tienen preferencia sobre los demas parientes á la tutela legítima. (Sent. 26 Febrero 1866).

Con arreglo á la ley, no pueden ser guarda-

(1) Arts. 1231 y siguientes, Ley Enjuic. civ.

(2) O menor.

dores los deudores de los mozos, fueras ende si los padres establesciesen en sus testamentos que los guardasen, cuya excepcion está vigente (Sent. 9 Abril 1873).

COMENTARIO

Estas son las incapacidades que hoy subsisten, de las que en las leyes de Partida se consignan.

Son suficientemente claras para no necesitar explicacion.

Las personas que se hallen en alguno de los casos enumerados en el artículo, no podrán ejercer el cargo de tutores y curadores, áun cuando ellos y los menores ó sus padres lo pretendan ó lo designen en los testamentos ó de otra manera á no ser en los casos y forma que en las mismas leyes se determina, como por ejemplo en los casos sexto y séptimo de nuestro artículo.

El menor de 25 años no puede ser tutor áun cuando esté casado; pero si fuese designado en testamento, podrá ejercer el cargo así que llegase á la mayor edad si entónces no tuviese otra incapacidad.

El deudor no puede ser tutor ó curador del huérfano á quien adeuda alguna cantidad. La ley no expresa la cuantía de esta deuda, pero es lógico presumir que no siendo de alguna importancia no será causa de incapacidad. La excepcion que la misma ley consigna, nos parece muy justa. Sobre las presunciones á que da lugar la condicion del deudor, está la confianza que el padre ha depositado en él. ¿Pero y si la deuda fuere posterior á la muerte del padre, ó siendo anterior se probase que el padre no tenia noticia de ella? En el primer caso creemos que no podría ser tutor el designado, así como tampoco en el segundo, puesto que en este último caso el padre procedió por error (Gutierrez, glosa 6.ª).

Artículo 240.—Serán separados de la tutela:

Primero. Los que hubieren disipado los bienes de otro menor, ó enseñádole malas costumbres.

Segundo. Los que resultaren ser enemigos del huérfano ó de sus parientes.

Tercero. Los que falsamente manifestaren ante el juez que no podían dar alimentos.

Cuarto. Los que omitieren la formacion de inventario.

Quinto. Los que no amparasen judicial ó extrajudicialmente los bienes del menor.

Sexto. Los que se ocultaren al saber su nombramiento (*a*).

Séptimo. Los que fueren condenados á pena que lleve consigo interdiccion (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Leyes 1.ª y 4.ª, tít. XVIII, Partida 6.ª

(*b*) Art. 43 Cód. pen., y Ley 19 Junio 1870.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 443 y 444 Código Francia.—269 Italia.—437 Holanda.—234 Portugal.—918 Prusia.—244 Vaud.—323 Luisiana.

JURISPRUDENCIA

La remocion de tutor ó curador es asunto de alguna gravedad que no puede resolverse por acto de jurisdiccion voluntaria, sinó en júicio solemne (Sent. 18 Abril 1863).

No es cierta en absoluto la doctrina de que el tutor ó curador, ya sea de menores ó ejemplar, cuando se halló en posesion de este cargo no puede ser removido sinó por uno de los motivos ó faltas que le hacen considerar sospechoso, puesto que sobre haber casos como el señalado en la ley 3.ª, tít. XVIII, Partida 6.ª, en que el juez puede de oficio y sin acusacion de nadie, remover al guardador, tratándose de la curaduría ejemplar, puede producir justa causa de remocion la necesidad de cumplir estas prescripciones relativamente al nombramiento de curador para las personas incapacitadas (Sentencia 31 Enero 1873).

COMENTARIO

Los comprendidos en el art. 179 no pueden ejercer la tutela ó curaduría: los comprendidos en el que comentamos serán separados de la tutela ó curaduría que estuvieren ejerciendo, desde el momento en que resultaren hallarse comprendidos en alguno de los casos que el mismo se enumera.

Tambien serán separados (pero no considerados como sospechosos) los que se descubriese que adolecían, ó hubieren incurrido despues, en alguna de las incapacidades que en el artículo anterior están marcadas con los núms. 2.º, 3.º 4.º, 5.º, 7.º, 8.º, 9.º y 10.

La diferencia, pues, que existe entre las prohibiciones para ejercer ó seguir ejerciendo el

cargo de tutor ó curador que se marcan en cada uno de estos dos artículos, está en que los casos comprendidos en el último suponen siempre falta de moralidad para poder desempeñarlo; por eso se dice «remocion del tutor ó curador *sospechoso.*»

La razon de este artículo es fácil de comprender: el respeto que merecen los intereses sagradísimos del menor, exige que en aquellos encargados de su custodia y la de sus bienes concurran ciertas y determinadas circunstancias que los hagan acreedores á la confianza del juez.

La remocion del tutor *sospechoso* deberá tener lugar en juicio ordinario.

Mas en cuanto á los comprendidos en el número 7.°, lo serán *ipso facto*. Si la pena fuere anterior al cargo, no podrá entrar á desempeñarlo.

Sobre este punto debe tenerse presente el artículo 465 del Código penal, que dice:

Los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad ó encargo, cooperaren como cómplices á la perpetracion de los delitos comprendidos en los cuatro capítulos precedentes (que son los delitos de violacion, escándalo público, estupro, corrupcion de menores y rapto), *serán penados como autores. Los maestros ó encargados en cualquiera manera de la educacion ó direccion de la juventud, serán ademas condenados á la inhabilitacion temporal especial en su grado máximo á inhabilitacion perpetua especial.*

Y el artículo 466 que añade: *Los comprendidos en el artículo precedente y cualesquiera otros reos de corrupcion de menores en interes de tercero, serán condenados en las penas de interdiccion del derecho de ejercer la tutela y ser miembros del consejo de familia*

Artículo 241.—La pobreza del tutor ó curador no será causa de separacion del cargo.

El tutor ó curador comprendido en alguno de los casos del artículo anterior, no podrá seguir desempeñando su cargo áun cuando fuere rico y prestare fianza.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XVIII, Partida 6.ª

COMENTARIO

Como la riqueza,—dice Gutierrez (1),—no es una garantía, la pobreza no es un motivo de desconfianza. Hé aquí condensada en breves palabras la razon de este artículo.

«Si el guardador fuesse pobre e de buenas maneras non deben por ende sacar de su poder al huerfano e dar otros en su lugar,» dice la ley citada, por lo cual nos parece insostenible la opinion de algun autor muy respetable que coloca la pobreza posterior al discernimiento de cargo, como causa por la que se pierde la tutela ó curaduría.

En la misma ley se lee: «E maguer fuesse rico e quisiesse dar fiador de guardar e aliñar los bienes del mozo, non le deben dejar en su guarda (si hubiere incurrido en causa de sospecha), porque tal fiadura non le toldria el mal entendimiento, o la mala voluntad en gastar lo del huerfano.» *Tutor vel curator, quamvis pauper est fidelis tamen et diligens, non est removendus cuasi suspectus (Just.*, tít. XXVI, párr. 12).

(1) *Códigos*, tom. 1.°, pág. 759.

Artículo 242.—La accion para reclamar la separacion del tutor ó curador sospechoso, corresponde á todos los ciudadanos.

El menor solamente podrá ejercitarla cuando tuviere más de 14 años y con el consejo de sus parientes.

El juez podrá de oficio remover al guardador sospechoso.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 3.ª, tít. XVIII, Partida 6.ª

COMENTARIO

Hé aquí el texto expreso de la ley: «Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno del pueblo. E señaladamente, es tenuda de lo fazer la madre del huerfano o su auuela, o su hermana o su ama que lo crió; o otra persona qualquier tambien muger como varon que se mueva a fazerlo por razon de piedad. Pero el moço que fuere menor de 14 años, non podria acusar a su guardador por sospechoso; mas si fuesse mayor, poderlo y ha fazer con consejo de sus parientes. E cada vno de estos sobredichos puede acusar por sospechoso, tambien al guardador que fuesse dado al que fuesse aun en el vientre de la madre, como al que fuesse ya nascido; quier fuesse por guardador en testamento, o por razon de parentesco, a quien dizen legitimo; o fuesse dado por otorgamiento del juez del lugar. E la acusacion de los guardadores que se faze por razon de sospecha deue ser fecha de-

lante del juzgador mayor del lugar do ha el mozo sus bienes, estando delante aquel contra quien es dada la acusacion de la sospecha.»

«El juzgador de su oficio puede remover al guardador de la guarda, maguer non le acuse ninguno: si viere o entendiere que faze mal la fazienda del huerfano en qualquiera manera quier que lo vea o lo entienda.»

Segun el art. 1276 de la ley de Enjuiciamiento civil, los tutores y curadores, ya sean para los bienes ya para pleitos, no pueden ser removidos por un acto de jurisdiccion voluntaria, áun cuado sea á solicitud de los menores.

Para decretar su separacion, despues de discernido el cargo, es indispensable oirlos y vencerlos en juicio.

Conforme á la regla 6.ª del art. 307 de la Ley orgánica del poder judicial, tanto en las demandas sobre excusas de los cargos de tutor ó curador, despues de haber empezado á ejercerlos, como en las demandas de remocion de los guardadores como sospechosos, es fuero competente el del lugar en que se hubiere administrado la guardaduría en su parte principal ó el del domicilio del menor.

Por último, siempre que el pupilo ó pupila fueren maltratados por sus tutores ó curadores, ú obligados por ellos á actos reprobados por la ley, pueden solicitar que se les constituya en depósito. Véase art. 1277 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Artículo 243.—Acusado de sospechoso el tutor ó curador, deberá el juez proveer interinamente á la guarda de la persona y bienes del menor.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XVIII, Partida 6.ª

COMENTARIO

Otrosi dezimos que luego que el Guardador es acusado por sospechoso, e el pleito de la acusacion es comenzado por demanda e por respuesta, deue el Juez dar a otro ome bueno, en fieldad, la guarda del mozo e de sus bienes, fasta quel pleyto sea acabado.

Téngase ademas presente lo que acabamos de decir respecto al depósito del menor en ciertos casos.

Con arreglo al Proyecto de Código, conforme con el frances y otros, confiere al consejo de familia la facultad de declarar sobre las causas, asi de impedimento ó incapacidad como de separacion, si bien conserva la apelacion de este fallo para ante el Juzgado de primera instancia.

Artículo 245.—Separado de su cargo el tutor ó curador, quedará obligado á la indemnizacion de daños y perjuicios.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XVIII, Partida 6.ª

COMENTARIO

Nada más natural que el precepto contenido en este artículo: *Tollido seyendo el Guardador por sospechoso, por algun engaño que le oviese fecho en sus bienes, dezimos que finca enfamado por ende por siempre, e debe pechar el daño segund alvedrio del Juzgador: Mas si fuesse removido de la guarda non por engaño que oviesse fecho a sabiendas, mas porque fuesse ome perezoso, o de mal recabdo; estonce non seria por ende enfamado. Pero deuen dar luego algun ome bueno que guarde al mozo e a sus bienes en lugar del otro.*

Habiéndose abolido la pena de infamia, esta ley no tiene aplicacion más que en la parte que hace relacion á la obligacion de indemnizar por los daños y perjuicios que haya ocasionado el tutor ó curador removido.

Por más que no exista hoy la infamia, *suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est; si ob culpam non æque*, no se confunde por la opinion pública el dolo con la incuria.

Las causas de remocion son las mismas para la tutela que para la curaduría. «E sobre todo dezimos que todas aquellas razones e sospechas, que diximos en estas leyes, que han lugar en el Guardador del pupilo: essas mismas deuen ser guardadas en el otro Guardador que es dado á los menores de veynte e cinco años e mayores de catorze; á que dicen Curator.»

CAPÍTULO VII

DE LAS EXCUSAS DE LA TUTELA Y CURADURÍA

Artículo 245.—Podrán excusarse de estos cargos:

Primero. Los que tienen cinco hijos legítimos vivos, reputándose como tales los muertos en defensa del Estado.

Segundo. Los ausentes por causa del Estado, miéntras lo están y un año despues. Cuando se trate de menores que estuvieren bajo su tutela ántes de aumentarse, deberá nombrar persona que la desempeñe interinamente.

Tercero. Los jueces en actual ejercicio respecto á la tutela posterior á su nombramiento.

Cuarto. Los maestros públicos de gramática, retórica, filosofía, medicina y leyes.

Quinto. Los que por servicio nacional estén en lugar determinado.

Sexto. Los que sobre toda la herencia ó su mayor parte tuvieren pleito con el huérfano.

Sétimo. Los que hubieren sido enemigos capitales de los padres no mediando reconciliacion.

Octavo. Los que ejercieren á un mismo tiempo tres tutelas.

Noveno. El que fuere tutor de un huérfano, de ser su curador.

Décimo. Los que por necesidad subsistieren exclusivamente de su trabajo corporal.

Undécimo. Los que padecieren enfermedad crónica ó habitual.

Duodécimo. Los que no supieren leer y escribir.

Décimotercero. Los que fueren mayores de 70 años (*a*)

Décimocuarto. Los casados que no lleven cuatro años de matrimonio (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Leyes 2.ª y 3.ª, tít. XVII, Partida 6.ª
(*b*) Ley 7.ª, tít II, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 427 y 436 Cód. Francia. —272 á 276 Italia.—208 Prusia.—195 Austria.—2.º, lib. I, Baviera.—434 y 435 Holanda.—312 Luisiana.—225 á 238 Vaud.

COMENTARIO

Escusanza tanto es como mostrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel que es dado por guardador de algun huerfano, non es tenudo de rescibir en guarda a el nin sus bienes. La tutela hemos dicho que es un cargo obligatorio: para eximirse de él es, por consiguiente, preciso que existan razones que justifiquen la excepcion. Estas razones son las que enumera la ley. Los tutores legítimos no necesitan exponer excusa para no aceptar la tutela del pariente huérfano.

La primera de las excusas, esto es, la que puede alegar el que tiene cinco hijos vivos, fué establecida en Roma, no por las ocupaciones y carga doméstica que lleva consigo la educacion y crianza de cinco hijos, sinó como un medio para favorecer el matrimonio y la propagacion de la especie; por eso se consideraban vivos los muertos en defensa de la patria, *hi enim qui pro Republica ceciderant, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*, cuya disposicion copiaron las Partidas.

En cuanto á la excusa que puedan alegar los que fueren maestros de *gramática*, *ó de retórica*, *ó de dialéctica*, *ó de física*, *mostrando su*

sciencia á los escolares, lo mismo que los *maestros de las leyes e los filósofos*... debe suponerse que se extiende no solamente á los que la ley enumera, sinó á cualquier otros que tengan cátedras públicas de profesiones liberales. Los maestros de *física* son, en el lengaje de la ley, los médicos.

Por lo que hace al que no sabe leer ni escribir, la ley de Partida dice: «el que non supiesse leer nin escrebir, *si fuese tan simple o tan nescio que non se atreviesse á facer la guarda con recabdo.*»

Parécenos, sin embargo, que nadie alegará su simplicidad como excusa y que no será necesario más que el hecho de no saber leer ni escribir para que la excusa prospere. Bien podemos decir que si en la época en que se hicieron las Partidas esto era una excusa, hoy podría considerarse como verdadera incapacidad.

Tales son las excusas que hoy se conservan. Nuestras leyes hacen mencion de algunas otras que en nuestro sentir son hoy inaplicables ó están derogadas, como lo está, por ejemplo, la de tener doce yeguas de vientre, etc.

Artículo 246.—Para los efectos del párrafo 7.º del artículo anterior, se reputará enemigo capital del padre aquel que le hubiere acusado de un delito de los que tienen señalada pena de muerte, ó por cualquier otro medio hubiere atentado contra su vida.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. VIII, lib. II, Fuero Real.
Ley 22, tít. XVI, Partida 3.ª
Ley 6.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª

COMENTARIO

El que acusó al padre del de cosas que si le fuessen probadas que le deuian matar por ende, ó ser mal enfamado, ó si le ouiesse acechado en otra manera por lo matar.

La enemistad capital, llevada hasta este punto, debiera más bien considerarse como incapacidad que como excusa.

La reconciliacion, como se expresa en el párrafo sétimo del artículo anterior, borra por completo la enemistad y hace desaparecer la excusa.

Si el tutor fuere nombrado en testamento, no podría, á nuestro entender, prosperar la excusa de enemistad capital, pues que el nombramiento testamentario equivale á más que una reconciliacion.

Artículo 247.—Las excusas para ejercer el cargo de tutor ó curador, deberán proponerse ante el juez que hizo el discernimiento, en los cincuenta días siguientes á la notificacion del mismo.

Si el designado tutor ó curador residiese á mayor distancia de 100 millas del lugar en que se hizo el discernimiento, el término para excusarse será de treinta días y un día más por cada 20 millas (1).

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XVII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 435 Cód. Holanda.—319 Luisiana.—234 Vaud.

JURISPRUDENCIA

La remocion de los tutores y curadores no puede resolverse por un acto de jurisdiccion voluntaria (Sent. 18 Abril 1863).

COMENTARIO

«El que se quisiere escusar, debe mostrar delante del juez la escusacion fasta cincuenta dias e debense comenzar a contar desde el dia que el supo primeramente que era dado por guardador. Esto se entiende si está en el mismo lugar o en otro que non sea mas lueñe de cien millas. Ca si mas lueñe fuesse, debe auer estonce por cada veinte millas un dia, e treinta dias de mas, a que venga a mostrar su escusacion:» tal es la doctrina de la ley.

El designado tutor ó curador, deberá, pues, proponer sus excusas, ántes de que se verifique el discernimiento del cargo ó ántes de que trascurran los términos improrogables que en la ley se fijan.

Trascurridos que sean estos plazos, se presume que se aceptó el nombramiento y cesa por lo tanto el derecho de alegar la excepcion legal.

La ley recomienda que en beneficio de la persona y bienes del menor, se termine brevemente el expediente ó pleito que promueva con ocasion de la excusa, y dice: «E el juez deue fazer que desde el dia que se comenzaron a contar

(1) Segun la ley 25, tít. XXVI, Partida 2.ª, tres millas son una legua.

los dias sobredichos, fasta cumplimiento de cuatro meses, sea librado el pleito si debe valer o non la escusacion.»

En este pleito será parte necesariamente el menor, representado por un curador *ad litem*, y con audiencia del menor ó fiscal podrán alegarse cuantas excusas se crean que concurren.

La causa de excusa que sobreviene al ejercicio del cargo, podrá alegarse para una nueva tutela, pero de ningun modo será atendible para aquella que ya se está desempeñando. Así lo disponía el Derecho Romano, y creemos que así se desprende de la ley de Partida en muchos de los casos que en ella se enumeran, como por ejemplo, en los designados con los números 2.° y 3.° del art. 245.

En el Proyecto de Código, las excusas debían proponerse en la primera reunion del consejo de familia á que asista el tutor, so pena de no ser oidos despues, y las causas que sobrevinieren se alegarán dentro de los diez días desde que el tutor tuviere conocimiento de ellas, despues de cuyo término no pueden ser oidas.

En cuanto al plazo que señala la ley de Partida, puede resultar caso en que estando á más de 100 millas el nombrado tutor, sea el plazo menor de cincuenta días. Sala dice que por equidad, no debe ser nunca este plazo menor de cincuenta días.

Artículo 248.—La sentencia dictada sobre excusas, es apelable por el tutor ó guardador á quien se deniega la excusa. Si el tribunal superior confirma la sentencia, quedará obligado el guardador á la indemnizacion de daños y perjuicios.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XVII, Partida 6.ª
Ley 8.ª, tít. XXIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 440 Cód. Francia.—435 Holanda.—236 Vaud.—320 Luisiana. —362 Nápoles.

COMENTARIO

Esta ley es más bien referente al procedimiento; pero muchos Códigos la colocan en el Código civil, y casi todos los tratadistas de Derecho civil se ocupan de ella, colocándola entre las de carácter puramente civil.

«E el que mostrare escusa derecha e non gela quiere caber el juzgador, si se sintiere agraviado de la sentencia, puedesse alzar della» (Ley 4.ª citada).

«Otrosi les debe pechar (al menor), todos los daños, e los menoscabes que los huerfanos o los otros rescibieren por mengua de guarda, desde el dia que fue escogido por guarda fasta el postrimero juicio que fue dado en razon de la escusa» (Ley 8.ª citada).

CAPÍTULO VIII

DE LA ADMINISTRACION DE LA TUTELA Y CURADURÍA

Artículo 249.—El menor debe ser educado y alimentado con arreglo á su clase y facultades.

ORÍGENES

Ley 16, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 454 Cód. Francia.—291 Italia.—Párr. 8.°, art. 224 Portugal.—446 Holanda. — 343 Luisiana. — Ley 3.ª, párr. 3.°, tít. VII, lib. XXVI, Digesto.

COMENTARIO

La tutela comprende la educacion y la alimentacion del huérfano. Así dice la ley que el *huérfano aprenda buenas maneras, leer e escribir: e despues desto débele poner que aprenda é use aquel menester que mas le conviniere segun su natura, e la riqueza e el poder que oviere*... Y el Digesto establece como regla general cuando se trate de fijar alimentos: *pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituit.*

Cuando el testador haya señalado la forma y clase de educacion, así como la cuantía de los alimentos, se estará á lo dispuesto en el testamento, cumpliéndolo en cuanto sea posible.

Artículo 250.—La educacion del menor corresponde á la persona designada en el testamento, y en su defecto á la que, no siendo heredera abintestato del menor, fuere designada por el Juez.

ORÍGENES

Ley 19, tít. XVI, Partida 6.ª

COMENTARIO

Hé aquí las palabras de la ley: «Criarse debe el huerfano en aquel lugar e con aquellas personas que mando el padre o el abuelo en su testamento. Si nada dijeron, el Juez del logar debe catar con gran femencia e escoger algund ome bueno que ame la persona del huerfano e el provecho del: e que sea atal que muriendo el moço non haya derecho de heredar lo suyo. Pero si oviesse madre que fuesse mujer de buena fama bien le puede dar el fijo que lo crie, e ella puedelo tener mientras mantuviere biudez e non cassare...»

Cuáles sean los motivos de esta ley, no los alcanzamos; es más, la creemos en contradiccion con la 4.ª del mismo título y Partida cuando dice: «debe el Guardador ser establecido por mandato del padre... o por otorgamiento de las leyes, *assi como por parentesco...*» y con la 9.ª del mismo título, que expresa: «si los mozos non ouieren madre nin auuela mandamos *que los parientes mas cercanos* que ouieren... sean guardadores.»

Es decir, que los parientes más cercanos (esto es, los que heredarían al menor abintestato) pueden ser guardadores, pero no deben tener á los menores en su casa, ni encargarse de su educacion.

El motivo que parece indicar la ley, refiriéndose á las madres ó abuelas que pasan á posteriores nupcias, esto es, la posibilidad de que malversen los bienes del menor, dándoselos al nuevo marido, no nos parece aceptable. Si este es el motivo general de la ley, comprenderíamos que por él se privase á los parientes de la tutela y curatela, pero no de la educacion y crianza, cuando por otra parte se les entregan los bienes sin temores ni recelos de que puedan distraerlos ó defraudar al menor.

Pero ademas, no comprendemos cómo el pariente á quien la ley ha juzgado más cuidadoso y diligente para administrar los bienes del menor que un extraño, deba suponérsele con peores intenciones respecto de la persona del huérfano. La contradiccion, en nuestro sentir, es palmaria y debiera desaparecer en la ley, pues en la práctica creemos que ya no existe. Por último, si la ley ha querido prevenir el peligro de que el pariente pueda matar al menor para heredarle abintestato, no creemos que éste sea el medio más prudente de evitar el delito. Bastaba con perseguirlo si se había cometido, ó en último caso con privar de el derecho de heredar abintestato á los parientes que ejerzan la tutela, durante el desempeño de este cargo.

Artículo 251.—Antes de hacer el juez el discernimiento de todo cargo de tutor ó curador, teniendo en consideracion la entidad del caudal del menor y las circunstancias de su persona, determinará si se entiende el desempeño del cargo fruto por pension.

Caso de no declararse que se entienda en dicha forma, señalará el mismo juez lo que el menor deba consumir en sus alimentos y educacion.

ORÍGENES

Leyes 16 y 20, tít. XVI, Partida 6.ª
Art. 1261 Ley Enjuic. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 454 Cód. Francia.—291 Italia.—224 Portugal.—243 Luisiana.—446 Holanda.—Ley 3.ª, tít. II, lib. XXVII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

El tutor á quien se señale los frutos por alimento de los menores, quedará relevado de la obligacion de dar cuentas de su administracion (Sent. 7 Abril 1859).

Lo dispuesto por la ley de Enjuiciamiento para obligar á los tutores y curadores á que depositen en el establecimiento público destinado al efecto los sobrantes de las rentas y productos del caudal de los menores, despues de cubiertos los gastos de alimentacion y administracion, no se entiende con los tutores ó curadores nombrados por el padre con relevacion de fianzas (Sent. 3 Junio 1864).

COMENTARIO

Al juez corresponde señalar la cantidad *de*

pan e de vino e de dinero que debe suministrarse anualmente al menor.

Si el padre hubiese fijado en el testamento donde nombró tutor ó curador á su hijo la cuantía de los alimentos, deberán el juez y el guardador atenerse á la voluntad del testador.

Recomiendan las leyes de Partida que no se fijen mayores alimentos que los frutos de los bienes del menor, de tal modo que jamas se toque al capital.

Cuando se asignare una cantidad determinada por alimentos, el resto de los frutos, rentas ó pensiones del menor deberán depositarse en un establecimiento público que ofrezca ciertas garantías (en la actualidad la Caja de Depósitos), empleando despues el nuevo capital que se crea por estas sucesivas acumulaciones, á lo que sea más útil y conveniente al huérfano, obrando para ello el tutor ó curador con autorizacion judicial.

Cuando el juez, atendiendo cuidadosamente á la *riqueza del mozo*, señalare frutos por alimentos, el tutor ó curador hacen suyos todos los frutos, rentas y pensiones, pero adquiere la obligacion de atender y llenar todas las necesidades del menor, así de alimentacion como de educacion, vestido, etc., etc. Como consecuencia de esto, no tendrá que rendir cuentas del empleo de las rentas del huérfano, bastándole acreditar, en caso de reclamacion, que ha satisfecho las necesidades del pupilo.

Artículo 252.—El designado tutor ó curador de un huérfano deberá prestar juramento de desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo (*a*).

Deberá, asimismo, formar inventario solemne de cuantos bienes constituyan el patrimonio del menor (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 94, tít. XVIII, Partida 3.ª
Art. 1269 Ley Enjuic. civ.

(*b*) Ley 2.ª, tít. VII, lib. III, Fuero Real.
Ley 120, tít. XVIII, Partida 3.ª
Ley 15, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 451 Cód. Francia.—281 Italia.—243 y 246 Portugal.—444 Holanda.—376 Prusia.—247 Vaud.—329 Luisiana.—Ley 7.ª, tít. XXVII, lib. XXVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Cuando el tutor no haga inventario de los bienes del pupilo, se estará á lo que jure el mismo pupilo ó su heredero (Sent. 9 Febrero 1869).

COMENTARIO

Los publicistas de Derecho dividen generalmente las obligaciones del guardador, en obligaciones que debe cumplir ántes de entrar en el desempeño del cargo; obligaciones cuyo cumplimiento se exige durante el cargo, y, por último, obligaciones que, dependiendo del cargo, son exigibles cuando éste ha terminado.

Entre las primeras se colocan tres:

1.ª Fianza.
2.º Juramento.
3.º Formacion de inventario.

Nosotros, invirtiendo este órden, aceptado comunmente por los autores, colocamos la fianza en el art. 254.

Respecto al juramento, la ley de Enjuiciamiento civil exige solamente que el nombrado guardador, otorgue en el mismo expediente la oportuna obligacion de desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, bajo la responsabilidad que las leyes imponen (Art. 1269).

Lo mismo establece el derecho aragones (1), y el catalan (2).

En cuanto al *inventario*, es lógico que preceda al ejercicio del cargo, por más que la ley no señala término para formalizarlo. La costumbre, sin embargo, ha hecho que el tutor ó curador nombrado reciba los bienes por inventario, formado como es consiguiente ántes del discernimiento.

¿Qué clase de inventario ha de ser éste? Ya lo decimos en el artículo, *solemne*, es decir, hecho con intervencion del juzgado, por un escribano del mismo. El formulario que las leyes de Partida insertan, no es hoy aplicable á estos inventarios.

La no formacion de inventario sin causa justificada debidamente, es bastante para considerar al tutor como sospechoso, segun hemos dicho en otro lugar.

Artículo 253.—El inventario formado con arreglo al artículo anterior, no podrá ser impugnado por el guardador.

(1) Observ. 3.ª de tutor. lib. V.
(2). D. Pedro IV de Aragon mandó esto mismo en las Córtes de Perpiñan de 1351 (cap. IX).

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VII, lib. III, Fuero Real.
Leyes 95 y 120, tít. XVIII, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 9 Febrero 1869.

COMENTARIO

«Si el guardador a la sazon que diesse cuenta al huerfano de sus bienes dijesse contra aquella carta; queriendo probar que fueran y escritas algunas cosas demas que el non rescibiera, e que consintiera a sabiendas que los escribiesen y, por facer muestra que el huerfano era mas rico, porque pudiesse mejor casar o por otra razon semejante: mandamos que tal contradecimiento non sea cabido, nin vala maguer quisiesse probar lo que dice...»

Es tanto el valor del inventario, solemne que no se admite contra él alegacion ni prueba de ninguna especie.

Gutierrez dice (núm. 103): «Nos parece muy probable y muy justo que pueda alegarse cualquier error por el que un tutor haya sido inducido á creer que tal ó cual cosa pertenecía al pupilo.»

La descripcion de una finca hecha equivocadamente, tampoco cede en perjuicio de tercero, pudiendo su dueño reclamarla sin responsabilidad suya ni del curador.

Artículo 254.—El tutor ó curador, deberá constituir fianza hipotecaria en favor del menor por los bienes que de éste haya recibido y por la responsabilidad en que incurriere.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XVI, Partida 6.ª
Ley 94, tít. XVIII, Partida 3.ª
Art. 168, párr. 4.º, Ley Hipot.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2121 Cód. Francia.—293 y párr. 3.º del 1969 Italia.

JURISPRUDENCIA

De lo dispuesto en los arts. 215 y 216 de la Ley Hipotecaria, no se deduce que la hipoteca, por razon de la tutela, no puede exigirse ni hay obligacion de prestarla más que en cuanto alcance á cubrir aquella á que ha de responder (Sent. 22 Junio 1868).

COMENTARIO

El tutor ó curador tiene respecto de los bienes del pupilo ó menor la condicion de administrador; de aquí la necesidad de la fianza. Antes de la ley de Enjuiciamiento civil, todos los tutores y curadores estaban obligados á dar fianza; mas despues ha sufrido esta materia algunas modificaciones.

Así, pues, el art.1264 de dicha ley dice: «al discernimiento de todo cargo de tutor ó curador deberá siempre preceder la justificacion cumplida de haber sido relevado por el padre de fianzas, ó por la madre ó personas que hayan instituído heredero al menor ó dejádole manda de importancia, y de la aprobacion del juez en estos dos últimos casos, ó el otorgamiento de las correspondientes fianzas con arreglo á lo que queda prevenido.

Las fianzas, en los casos en que deban darse, serán siempre hipotecarias (Art. 1265).

La entidad de las fianzas deberá ser proporcionada al caudal del menor, con exclusion de los bienes *inmuebles* (art. 1266), porque como éstos se inscriben en los Registros de la propiedad á nombre del menor, no es preciso que afiance su malversacion no pudiendo enajenarlos.

Serán ademas extensivas, en los casos en que no se declare se entienda fruto por pension el desempeño del cargo, al sobrante que de las rentas ó productos del caudal quedare despues de rebajada de ellos la suma señalada por alimentos y el tanto por ciento de administracion.

Con motivo de esta ley podrá preguntarse: ¿existe la hipoteca general tácita que estableció la ley de Partida á favor de los menores sobre los bienes de sus tutores ó curadores, despues de la ley de Enjuiciamiento que dice que las fianzas serán siempre hipotecarias?

Podrá suponerse que la ley de Enjuiciamiento, como ley puramente adjetiva, deja subsistentes todas las leyes sustantivas; pero, á nuestro entender, este razonamiento es endeble, porque la ley de Enjuiciamiento y la Hipotecaria, sea el que sea su carácter, no pueden ménos de observarse con preferencia á lo establecido en leyes anteriores, que por lo mismo deben entenderse derogadas.

Creemos, pues, que hoy no existe la hipoteca general tácita de la ley de Partida.

Artículo 255.—Los tutores ó curadores obligados á dar fianza deberán constituir

hipoteca especial á favor de las personas que tengan bajo su guarda, con sujecion á lo dispuesto en el tít. III, part. 2.ª, ley Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Art. 214 Ley Hipotecaria.

CONCORDANCIAS

Véanse las del artículo anterior.

COMENTARIO

La ley Hipotecaria desenvuelve el principio señalado en el artículo anterior. Así, pues, en éste y en los siguientes nos haremos cargo de esta doctrina.

Repítese en este artículo que la fianza ha de ser hipotecaria, y repítese, asimismo, que el tutor ó curador nombrado deberá constituirla.

Como éste es el artículo fundamental en esta materia, puesto que los demas sólo establecen modificaciones, reglas ó interpretaciones sobre este mismo punto, expondremos aquí las disposiciones del Reglamento de la ley Hipotecaria pertinentes al caso.

En el expediente para el discernimiento del cargo á los tutores ó curadores no relevados de fianza, se justificará cumplidamente el importe del capital que consista en bienes muebles, y el de la renta de los inmuebles que constituyan el caudal del huérfano (art. 146).

En vista de lo que resulte, segun el artículo anterior, se graduará la cantidad de la hipoteca que deba constituírse (art. 147).

En el expediente expresado se justificará asímismo la propiedad de los bienes que se ofrezcan en hipoteca, mediante la presentacion de los títulos de su última adquisicion de dominio; la libertad de dichos bienes, ó las cargas anteriores que tuvieren, con la certificacion correspondiente del Registro, y el valor de los mismos bienes por capitalizacion, al tipo que se acostumbre en cada lugar, por los recibos de la contribucion territorial que hayan pagado el último año, ó por certificacion de peritos (artículo 148).

Oído el ministerio fiscal ó el curador para pleitos en su caso, sobre el importe de la fianza, conforme á lo prevenido en los arts. 1224 y 1225 de la ley de Enjuiciamiento civil, y considerando el juez suficientes las fincas ofrecidas en hipoteca, se constituirá ésta por medio de un acta, que extenderá el secretario en el mismo expediente, firmará el tutor ó curador y aprobará el juez ó tribunal en auto separado (art. 149).

Del acta de constitucion de hipoteca, extendida en el expediente de tutela ó curaduría, y del auto de su aprobacion, se darán dos copias autorizadas al tutor ó curador nombrado, para que en su vista se hagan en el Registro las inscripciones correspondientes.

Una de estas copias quedará en el Registro, y la otra se devolverá al interesado, con nota de quedar hecha la Inscripcion.

Miéntras esta última copia no se devuelva al juzgado ó tribunal y se una al expediente, no se podrá discernir el cargo al tutor ó curador (artículo 150).

El acta de constitucion de hipoteca y su inscripcion en el Registro, expresarán las circunstancias siguientes:

1.ª El nombre del tutor ó curador, y el de la persona que lo haya nombrado.

2.ª La clase de la tutela ó curaduría.

3.ª La clase del documento en que se haya hecho el nombramiento, y su fecha.

4.ª La circunstancia de no haber relevacion de fianza, ó la de que á pesar de haberla, el juez ó tribunal ha creído necesario exigirlas.

5.ª El importe del capital y rentas del huérfano ó incapacitado, distinguiendo la parte que se halle en bienes raíces de la que consista en otra clase de bienes.

6.ª El importe de la fianza que se haya mandado prestar, expresando si se ha fijado con audiencia del ministerio fiscal, ó del curador para pleitos del menor.

7.ª Relacion de las fincas ofrecidas en fianza, con expresion del valor y cargas de cada una y del título de su última adquisicion, todo con referencia á los títulos de propiedad y certificacion del Registro y avalúos que se hayan presentado.

8.ª Acto de constitucion de la hipoteca, por la cantidad señalada en la hipoteca.

9.ª Designacion de la cantidad por que cada finca quede hipotecada, segun la distribucion que se hubiere hecho, con aprobacion del juez ó tribunal.

10. La fecha del acto, el nombre del secretario ante quien se haya celebrado y la firma del tutor ó curador ó del que por él hubiere constituído la hipoteca.

11. La inscripcion hipotecaria hará mencion ademas del auto de aprobacion de la hipoteca, dictado por el juez ó tribunal.

La inscripcion de la misma hipoteca se hará con arreglo á lo prevenido en este Reglamento, y expresará ademas las circunstancias 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 8.ª, 10 y 11 de este artículo (artículo 151).

Si el huérfano ó incapacitado poseyere bienes inmuebles, el juez ó tribunal, al tiempo de aprobar el acta de constitucion de la hipoteca por los demas bienes, mandará que sin perjuicio de la inscripcion de la ejecutoria que ordena el núm. 4.º del art. 2.º de la ley, respecto de los incapacitados, se ponga al márgen de las inscripciones de los bienes ó derechos del menor ó incapacitado, una nota marginal en estos términos:

«La finca de este número..., inscripcion número..., corresponde en administracion á D. A..., como tutor ó curador de D. B..., nombrado por D. C..., en tal forma, en atencion á hallarse dicho D. B... en la menor edad ó incapacitado para administrar sus bienes, segun providencia dictada por el juez ó tribunal de... en tal fecha. *(Fecha y media firma.)*

Si el menor ó incapacitado tuviese bienes ó derechos reales no inscritos, dispondrá el mismo juez ó tribunal su inscripcion, al márgen de la cual se pondrá la referida nota (art. 152).

La misma nota marginal de que trata el artículo anterior, se mandará poner por el juez ó tribunal, áun en el caso de que discierna el cargo de tutor ó curador, sin exigirle fianza (art. 153).

Tales son las disposiciones de la Ley y Reglamento acerca de esta materia interesantísima, que se desenvuelve en los artículos sucesivos.

Artículo 256.—Si la hipoteca constituída por el tutor ó curador llegare á ser insuficiente, el juez ó tribunal exigirá á su prudente arbitrio una ampliacion de fianza, ó adoptará las providencias oportunas para asegurar los intereses del menor ó incapacitado.

ORÍGENES

Art. 215 Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Este artículo es consecuencia necesaria del que antecede.

Si la hipoteca es insuficiente, debe ampliarse cuanto sea necesario. Está tambien de acuerdo con el art. 1267 de la ley de Enjuiciamiento que dice: «serán extensivas (las hipotecas) en los casos en que no se declare se entienda fruto por pension el desempeño del cargo, al sobrante que de las rentas ó productos del caudal quedare, despues de rebajada de ellos la suma señalada para alimentos y el tanto por ciento de administracion.»

El procedimiento para ampliar la hipoteca será el de un expediente semejante al promovido para su constitucion.

Artículo 257.—La ampliacion de fianza de que trata el artículo anterior podrá pedirse por cualquiera persona ó decretarse de oficio en cualquier tiempo en que el juez ó tribunal lo estime conveniente; pero guardándose, en todo caso, las formalidades prevenidas en la ley de Enjuiciamiento civil para la constitucion de la primera fianza.

Si el juez ó el tribunal no creyere procedente exigir dicha ampliacion, deberá disponer el depósito del sobrante de las rentas, ó la imposicion de los fondos, conforme á lo determinado en los números 4.º y 5.º del art. 1272 de la citada ley de Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Art. 216 Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Nada hemos de añadir á lo que dispone el artículo.

Los números del art. 1272 de la ley de Enjuiciamiento que se citan dicen así:

El dia último de cada año examinarán los jueces dichos registros (los registros en que consten los discernimientos de los cargos de tutor y curador), y dictarán de las medidas siguientes, las que correspondan segun las circunstancias:

4.ª Obligarán á los mismos tutores y curadores, en los casos en que no se entienda el desempeño de sus cargos fruto por pension, á que depositen en el establecimiento público destinado al efecto los sobrantes de las rentas ó productos del caudal de los menores, despues de cubierta la suma señalada para alimentos y de pagado el tanto por ciento de administracion. (Esto no se entiende de los nombrados en testamento con relevacion de fianzas. Sent. 8 Junio 1864.)

5.ª Procurarán la imposicion de cualesquiera fondos existentes á que no deba darse otra aplicacion especial.

Debemos añadir, por ser éste el lugar más á propósito, que la ley Hipotecaria contiene otras disposiciones que han perdido su importancia despues de la ley del Matrimonio civil.

Habiendo adquirido la madre por esta ley todos los derechos y facultades que lleva consigo la patria potestad, han quedado derogados los arts. del 207 al 213 ambos inclusive, segun asimismo declara el art. 145 del Reglamento.

Sin embargo, dichos artículos son aplicables áun en los casos en que con arreglo á la legislacion anterior hayan de ejercer las madres la tutela de sus hijos menores.

Para que en dichos casos se tengan presentes los artículos de la ley, los trascribimos á continuacion:

«No se expedirá cédula de habilitacion para continuar en la tutela ó curaduría de sus hijos, á la madre que pase á segundas nupcias y obtenga dicha habilitacion, sin que constituya previamente y con aprobacion del juez ó del tribunal, la hipoteca especial correspondiente» (art. 207).

«Si la madre se mezcláre ó continuare mezclándose en la administracion de la tutela ó curaduría, ántes de constituir la hipoteca prevenida en el artículo anterior, quedará obligado su marido á prestar la que se establece en el art. 211, respondiendo con ella de las resultas de la administracion ilegal de su mujer» (artículo 208).

«Si la madre no constituyere la hipoteca en el término de sesenta días, contados desde la fecha del nuevo matrimonio, nombrará ó hará nombrar el juez ó tribunal, con arreglo á las leyes, otro tutor ó curador al huérfano ó incapacitado, bien á instancia de cualquiera de los parientes de éste, ó bien de oficio» (art. 209).

«El tutor ó curador nombrado conforme á lo prevenido en el artículo anterior, prestará su fianza con las formalidades prescritas en la ley de Enjuiciamiento civil, oyéndose ademas para su aprobacion al pariente que en su caso haya pedido el nombramiento» (art. 210).

«El hijo cuya madre, siendo ó habiendo sido su tutora ó curadora, contraiga nuevo matrimonio ántes de la aprobacion de las cuentas de su tutela ó curaduría, podrá exigir que el padrastro constituya sobre sus propios bienes hipoteca especial bastante á responder de las resultas de dichas cuentas» (art. 211).

«Si el hijo fuere menor de edad deberán pedir en su nombre la constitucion de la hipoteca de que trata el artículo anterior, y calificar la suficiencia de la que se ofreciere:

1.º El tutor ó curador del mismo hijo.

2.º El curador para pleitos, si lo tuviere nombrado.

3.º Cualquiera de los parientes del hijo por la línea paterna.

4.º En defecto de todos éstos, los parientes de la línea materna (art. 212).

Si concurrieren á pedir la hipoteca dos ó más de las personas indicadas en el artículo anterior, será preferida, para la prosecucion del expediente, la que corresponda siguiendo el órden prescrito en el mismo artículo.

Si concurrieren dos ó más parientes de una misma línea, se entenderá con todos el procedimiento, siempre que convengan en litigar unidos» (art. 213).

Artículo 258.—El tutor ó el curador en su caso, deberá atender al cuidado y conservacion del patrimonio del huérfano.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 450 Cód. Francia.—441 Holanda.—246 Vaud.—327 Luisiana.—Ley 33, tít. VII, lib. XXVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

El curador deberá velar por los intereses del menor como un buen padre de familia, empleando sus bienes de un modo productivo, debiendo responder por tanto de los intereses, si por su descuido ó culpa no los hubiere, porque la ley exige que dé buena cuenta y verdadera (Sent. 10 Marzo 1858).

Las leyes no previenen que devenguen intereses las cantidades que perciban por rentas ó productos de su caudal (Sent. 3 Junio 1864).

Los tutores y curadores, no sólo pueden, sinó que deben como buenos administradores, adquirir por, y para sus menores, cuanto redunde en beneficio y aumento del patrimonio de éstos, sin que al efecto estén ligados á las formalidades exigidas por las leyes para la enajenacion de bienes raíces de los dichos menores; pero una vez adquiridos los de esta clase, su enajenacion sin las indicadas solemnidades

lleva inherente el vicio de nulidad (Sent. 26 Setiembre 1865).

Habiendo el padre del menor suscrito á éste en una sociedad de seguros sobre la vida por una cantidad dada, pagadera en quince plazos anuales, si el tutor, en vez de llevar á efecto de su cuenta, segun estaba obligado, la suscricion por todo el tiempo que se había hecho, liquida ántes del tiempo retirando el capital y beneficios que le correspondían á los primeros plazos, privando por consiguiente al menor de percibir los correspondientes á los demas años, la Sala, al condenar al tutor al pago de las cinco anualidades restantes, no infringe la disposicion testamentaria del padre, ni las leyes y doctrinas vigentes en la materia (Sent. 28 Diciembre 1871).[1]

COMENTARIO

Aliñar e enderezar los bienes de los huerfanos deben los guardadores...

La institucion de la tutela y curaduría es suplementaria de la paterna. En este concepto, el legislador está interesado lo mismo que la sociedad, en que, en cuanto sea posible, no haya notables diferencias entre una y otra. Así, pues, el tutor ha de procurar en todo momento acudir al cuidado del huérfano y de sus bienes, con la solicitud misma que un buen padre de familia. Por eso, respecto de su persona, de su educacion y alimentacion, tiene que cumplir con las obligaciones que en otro lugar dejamos consignadas. En cuanto á los bienes, sus deberes no son ménos estrechos, y la ley, ocupándose minuciosamente de este punto, ha consignado en primer lugar la obligacion de cuidar y fomentar el caudal del pupilo, y despues, un sinnúmero de reglas á las que debe en un todo atemperar su conducta, y mediante el cumplimiento de las cuales el legislador se promete sacar á salvo los derechos é intereses del menor.

Son estas reglas muy convenientes, pero nada será tan eficaz como el buen acierto en la eleccion de tutor ó curador. Qué marcha, qué órden de administracion ha de seguir el guardador para que los bienes del pupilo no desmerezcan, y ántes al contrario, aumenten su valor y su renta, no ha podido determinarse en cada caso por las leyes. A éstas ha bastado señalar la necesidad de atender al cuidado y conservacion del patrimonio del huérfano. La moralidad y las condiciones del tutor ó curador harán lo demas.

La jurisprudencia ha tenido que interpretar en cada caso, cuándo el tutor ó curador ha obrado con arreglo á lo que los principios de justicia exigían, dadas las condiciones del caudal y la voluntad del testador cuando éste había hecho la designacion del cargo.

Véanse las sentencias de que hacemos mencion en la JURISPRUDENCIA, y júzguese con arreglo á ellas del espíritu que debe informar la gestion administrativa de los guardadores.

Artículo 259.—El tutor ó curador en su caso representará al menor en juício y en todos los actos jurídicos que le sean provechosos.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VII, Partida 3.ª
Ley 11, tít. II, Partida 3.ª
Ley 17, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Véanse las del artículo anterior.

COMENTARIO

Las leyes repiten este concepto en diversos lugares: «decimos que non deben ser emplazados los que no son de edad, sino aquellos que tuvieren a ellos y a sus bienes en guarda.»

«Menor seyendo alguno de veynticinco años, non pueden facer contra él demanda en juicio a menos que sea delante aquel que lo ha de guardar a él e a sus bienes.»

«El guardador en nome del huerfano debe demandar e defender el derecho del en todo pleito quel moviesse ó le fuesse movido en juicio.»

«El moço non puede facer pleito nin postura con otro ninguno en que obligue ninguna cosa de sus bienes, a menos de otorgamiento de su guardador, e si lo ficiere a daño de si non debe valer.»

Así, pues, el menor de edad, á no hallarse habilitado por gracia real, no podrá comparecer en juício, ya se trate de asunto civil ya sea criminal, sinó asistido de su tutor ó curador. Cuando haya de interponerse una demanda y se ignore si es ó no menor, y si, por lo tanto, tiene ó no curador, lo más conveniente es emplazar al menor para que comparezca por si ó por medio de curador. Si el demandado tuviere tutor no bastará citar al pupilo, pues que éste no puede comparecer, y si comparece no produce efecto ni es válida la comparecencia.

Si el demandado fuese menor y careciese de

curador, será preciso, para que tenga lugar el emplazamiento, que se nombre tutor al pupilo, si fuere menor de 12 ó 14 años, para lo cual tiene accion todo ciudadano (art. 236), y, por consiguiente, puede pedirlo el que intente la demanda; mas si fuere mayor de 12 y 14 años, deberá procederse al nombramiento de un curador para pleitos, teniendo para ello presente lo que respecto de esta materia dispone la ley de Enjuiciamiento civil que copiamos á continuacion:

«No se nombrará curador para pleitos á los menores de 12 y 14 años, ni se permitirá los nombren á los mayores de dichas edades respectivamente, sinó cuando sus tutores ó curadores no puedan con arreglo á derecho representarlos (art. 1253).

»En todos los demas casos no podrá representar á los menores más que su tutor ó curador, sin que por ningun pretexto se admita la representacion del curador para pleitos (artículo 1254).

»El nombramiento del curador para pleitos, cuando el juez hubiere de hacerlo, debe recaer en pariente inmediato, si lo hubiere, del menor; en su defecto, en persona de su intimidad ó de la de sus padres, y no habiéndolas, ó no siendo aptas las que hubiere, un vecino del lugar del domicilio del menor que mereciese la confianza del juez (art. 1255).

»Los menores, mayores de 14 años siendo varones, y de 12 siendo hembras, podrán nombrar curador para pleitos á quien tengan por conveniente (art. 1256).

»Queda, sin embargo, al prudente arbitrio del juez otorgar al nombrado el discernimiento del cargo, ó negárselo si creyere que no reune las circunstancias necesarias para desempeñarlo (art. 1257).

»El nombramiento deberán hacerlo los menores por comparecencia que suscriban ante el juez (art. 1258).

»Hecho que sea el nombramiento, si el juez no encuentra en él dificultad, discernirá el cargo al nombrado (art. 1259).

»Si sobre el discernimiento del cargo se empeñase cuestion, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor el promotor fiscal del juzgado (art. 1260).

Artículo 260.—El contrato celebrado por el huérfano mayor de siete años, sin estar asistido de su guardador, será nulo, á no haberse convertido en su provecho.

ORÍGENES

Ley 17, tít. XVI, Partida 6.ª
Ley 4.ª, tít. II, Partida 5.ª

COMENTARIO

El menor de edad no tiene el libre ejercicio de su capacidad y facultades jurídicas; por esto necesita el complemento del curador. Por consiguiente, cuando falta el complemento, el acto que no ha podido verificarse con arreglo á la ley es nulo respecto á la obligacion que contrajo el menor; pero válido en cuanto á la contraida por el extraño que contrató con él. *El moço non puede facer pleito ni postura con otro ninguno en que obligue ninguna cosa de sus bienes, a menos de otorgamiento de su guardador o si lo ficiesse a daño de si non debe valer.* Esto no quiere decir que el menor pueda pedir el cumplimiento de la obligacion adquirida por el extraño, dejando él de cumplir la que él adquirió, sinó que él puede declarar nulo el contrato ó cumplirlo á su voluntad, y el extraño estará sometido á lo que el menor y su curador dispongan, sin que dicho extraño pueda reclamar por su parte la nulidad de lo pactado. Así, por ejemplo, pactada una venta, no puede el menor pedir la cosa sin entregar el precio; pero podrá libertarse de entregar el precio renunciando la cosa, facultad que no tiene el extraño que contrató con el menor. «Pero si otro alguno ficiesse pleito con él, vendiendolo o obligandole alguna cosa que fuesse a pro del moço, valdria el pleyto que de esta guisa fuesse fecho.»

La ley de Partida citada (17, tít. XVI, Partida 6.ª), añade: «el otorgamiento que el guardador ficiere en nome del en juicio o fuera de juicio, debelo facer por si, e non por mandadero nin por carta: ca si de otra guisa lo ficiere, non valdria.» Pero este precepto debe entenderse modificado por la ley de Enjuiciamiento, que exige la comparecencia en juicio (en ciertos casos) por medio de procurador.

Ademas, el Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 22 de Diciembre de 1860 que, «Aun cuando, segun doctrina legal, el cargo de curador es personalísimo y no admite delegacion, puede el que lo desempeña, en el concepto de ejemplar, confiar á un tercero el inmediato cuidado y asistencia del demente puesto bajo su curatela y áun la administracion de los bienes, siempre que aparezca haberlo hecho en beneficio de la persona y bienes del demente y para

el mejor desempeño de todo aquello en que no sea absolutamente necesaria la intervencion del curador.»

Esta doctrina tiene tambien aplicacion siempre que se trata, no ya del curador ejemplar, sinó del curador de menores.

Artículo 261.—El tutor ó curador no podrá enajenar, gravar ó hipotecar los bienes inmuebles ni los muebles preciosos del menor, sin la correspondiente licencia judicial, prévia justificacion de necesidad ó utilidad.

Idénticos requisitos serán necesarios para transigir sobre los derechos de los menores.

ORÍGENES

Ley 18, tít. XVI, Partida 6.ª
Ley 4.ª, tít. V, Partida 5.ª
Ley 8.ª, tít. XIII de la misma Partida.
Ley 14, tít. XI, Partida 4.ª
Ley 60, tít. XVIII, Partida 3.ª
Arts. 1401 y siguientes, Ley de Enjuiciamiento civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 457 y 467 Cód. Francia.—451 y 465 Holanda.—253 y 262 Vaud.—334 Luisiana.—Ley 22, tít. XXXVII, lib. V, Código.—Leyes 5 y 13, tít. IX, libro XXVII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Necesitan, asimismo, la justificacion de necesidad ó de utilidad y la autorizacion del juez, para afectuar la venta de bienes de menores, los albaceas, áun cuando sea para pagar deudas, y por más amplio que sea su mandato (Sentencias 22 Octubre 1852 y 19 Octubre 1859).

Los bienes de una mujer casada menor de edad no pueden ser enajenados válidamente, sin el requisito esencial de la autorizacion judicial debidamente concedida, que no puede suplirse por la licencia del marido (Sent. 18 Setiembre 1862).

Al conceder la ley á los casados menores, aunque mayores de 18 años, la administracion de bienes sin necesidad de vénia, no les autoriza para enajenarlos libremente (Sent. 28 Noviembre 1863).

La prohibicion de vender bienes de menores alcanza á todas las enajenaciones, ya sean hechas por los mismos menores ó por sus guardadores, y áun cuando los primeros, por ser casados y mayores de 18 años, tengan la administracion de sus bienes, sin que á esto se oponga lo dispuesto en las leyes 4.ª y 5.ª, tít. XI, Partida 5.ª, porque estas disposiciones no se relacionan ni refieren á las enajenaciones de los bienes inmuebles, que se rigen por otras leyes, y porque si pudiesen hacerlas libremente los casados á quienes se conceda su administracion, vendría á convertirse en su perjuicio el privilegio que se les otorga (Sent. 19 Octubre 1865).

La ley del contrato, en las transacciones sobre bienes y derechos de menores y su venta, se establece por la providencia que concede la autorizacion judicial necesaria para celebrar en la forma que determinan los arts. 1401 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, y fija los límites á que dicho contrato ha de ajustarse indispensablemente (Sent. 25 Enero 1867).

COMENTARIO

La ley de Partida establece como regla general que *non deben los guardadores dar, nin vender, nin enagenar ninguna de las cosas del huerfano.*

Las palabras *dar, vender y enajenar* están tomadas en general, y por lo mismo bajo ellas se comprenden las permutas, censos, hipotecas y cualesquiera ótros contratos que supongan pérdida ó disminucion de los derechos de propiedad.

La ley, sin embargo, hace una excepcion: *Fueras ende cuando les fuesse tan grand menester que non podrian al fazer, o por gran pro dellos, es decir, en caso de necesidad o utilidad, e estonce se ha de fazer con muy gran sabiduria e con otorgamiento del juez del lugar.*

No dice la ley cuáles sean los motivos en cuya virtud exista la necesidad ó utilidad. Cita, sin embargo, algunos, tales como el pago de las deudas del padre del menor, el casamiento del pupilo ó de alguna de sus hermanas, si le demandaren muy «afincadamente», etc., etc.

Segun la ley de Enjuiciamiento civil, será necesaria licencia judicial para la venta de bienes de menores é incapacitados, que correspondan á las clases siguientes:

1.ª Bienes raíces.

2.ª Derechos de toda clase.

3.ª Alhajas de plata, oro y piedras preciosas.

4.ª Bienes inmuebles y los muebles ó semovientes de valor que puedan conservarse sin menoscabo (art. 1401).

Para decretar la venta de bienes de menores ó incapacitados se necesita:

1.° Que la pida por escrito el tutor del menor, ó éste asistido de su curador.

2.° Que se expresen el motivo de la enajenacion y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga.

3.° Que se justifique la necesidad ó utilidad de la enajenacion.

4.° Que se oiga sobre ello al curador para pleitos del menor, si lo tuviere nombrado con anterioridad, y en su defecto al promotor fiscal del juzgado (art. 1402).

Dada la justificacion y evacuada la audiencia de curador ó promotor en su caso, el juez traerá los autos á la vista y otorgará ó negará la autorizacion para la venta (art. 1403).

La providencia que sobre la autorizacion se dictare, es apelable en ambos efectos (art. 1404).

Los notarios que fueren requeridos para autorizar un acto ó contrato de venta, retroventa, hipoteca ó cualquier otro por el que resulten gravados ó enajenados bienes inmuebles pertenecientes al peculio de los hijos no emancipados, exigirán de los otorgantes el documento que acredite haberse concedido la correspondiente autorizacion judicial, previa justificacion de la necesidad ó utilidad, obtenida con arreglo al art. 1402 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.° R. O. 28 Agosto 1876).

Del mismo modo los registradores de la propiedad no inscribirán los instrumentos públicos en que se contenga alguno de estos contratos, cuando no constare que los otorgantes han obtenido previamente la autorizacion judicial correspondiente (R. O. ántes citada).

Los contratos anteriores á 1876 verificados sin tales requisitos se inscribirán si los interesados solicitaren y obtuvieren en cualquier tiempo la autorizacion judicial (la misma Real Orden).

Artículo 262.—Cuando se trate de enajenar bienes de menores, la autorizacion de que habla el artículo anterior se concederá en todo caso bajo la condicion de haberse de ejecutar la venta en pública subasta y previo avalúo si fueren los bienes inmuebles.

ORÍGENES

Ley 60, tít. XVIII, Partida 3.ª
Ley 18, tít. XVI, Partida 6.ª
Art. 1405 Ley de Enjuiciamiento civil.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 459 Cód. Francia.—224 Portugal.—296 á 298 Italia.—208 Rusia.—453 Holanda.—528 Prusia.—232 Austria.—335 Luisiana.

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Octubre 1864.
Sent. 26 Setiembre 1865.
Sent. 16 Noviembre 1871.
Sent. 13 Enero 1872.

COMENTARIO

Estonce debese fazer con otorgamiento del Juez del logar, andando la cosa publicamente en almoneda treinta dias.

Preciso es tener presente sobre este punto las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil que trasladamos íntegramente á continuacion.

La autorizacion (para llevar á cabo la venta), se concederá en todo caso bajo la condicion de haberse de ejecutar la venta en pública subasta y previo avalúo, si se trata de bienes inmuebles (art. 1405).

El nombramiento de peritos para el avalúo se hará siempre por el juez. En el remate no podrá hacerse baja ninguna del valor que los peritos hayan dado á lo que se trate de vender (art. 1406).

Si no hubiese postor en la primera subasta podrá verificarse nuevo avalúo y abrirse segundo remate. Lo mismo se hará si en esta segunda subasta ó cualesquiera otras que puedan hacerse no se presentaren tampoco licitadores (art. 1407).

Si se tratare de bienes que no sean inmuebles, deberá ejecutarse la venta de ellos con las solemnidades posibles y que sean de costumbre en la localidad en que haya de verificarse (art. 1408).

Hecha la venta, cuidará el juez bajo su responsabilidad de que se dé al precio que se haya obtenido la aplicacion indicada al solicitar la autorizacion para ella (art. 1409).

El precio se entregará miéntras se le da la aplicacion correspondiente, al tutor, ó curador, si estuvieren relevados de fianza, ó si las que tengan prestadas son suficientes para responder de él.

En otro caso se depositarán en el estableci-

miento público en que deban constituirse los depósitos judiciales (art. 1410).

Para conceder autorizacion á fin de transigir sobre derechos de menores ó incapacitados, se necesitan los mismos requisitos establecidos en el art. 1402 de la ley de Enjuiciamiento (artículo 1411).

Para la justificacion de la necesidad ó utilidad de la transaccion, deberá oirse á lo ménos la opinion de tres letrados en ejercicio de su profesion, á los cuales se pasarán previamente todos los antecedentes necesarios para que puedan formar su juicio y emitir su dictámen con el debido conocimiento (art. 1412).

Estimando el juez bastantemente acreditadas la necesidad ó utilidad de la transaccion otorgará la autorizacion para hacerla, facilitando al tutor ó curador testimonio de su providencia para acreditarla debidamente.

Si no estimare suficiente la justificacion hecha, podrá denegarla. La providencia que dictare es en todo caso apelable libremente y en ambos efectos (art. 1413).

Artículo 263.—El tutor ó curador no podrá comprar bienes que pertenezcan al menor.

ORÍGENES

Ley única, tít. V, lib. V, Ordenanzas Reales.
Leyes de Partida ántes citadas.
Ley 1.ª, tít. XII, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 450 Cód. Francia.—457 Holanda.—327 Luisiana.—246 Vaud.

COMENTARIO

«Ninguno de los guardadores non puede comprar ninguna cosa de las que fueren de aquel que tienen en guarda; fuera si lo fiziesse con otorgamiento del juez del logar: o de algun otro que lo oviesse otrosi en guarda tambien como el, e aun ha menester que aquello que desta guisa comprare del sea a pro del huerfano e non a su daño,» establecia la ley de Partida. Pero la Nov. Rec., más rigurosa aún, y derogando en parte la de Partidas, dice: *Todo ome que es cabezalero o guarda de huerfanos o otro ome o muger cualquier, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel o aquellos que administrare: y si la comprare publica o secretamente, pudiendose probar la compra... no vala y sea desfecha, y torne el cuatro tanto... y sea para nuestra cámara.*

La doctrina, por consiguiente, es terminante, y se comprenden desde luégo las razones que la han inspirado al legislador.

Artículo 264.—El pago hecho al menor sin intervencion del curador y de la autoridad judicial, nó liberta al deudor, sinó en cuanto el menor se haya enriquecido por ello.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XIV, Partida 5.ª

COMENTARIO

La ley de Partida que establece este precepto dice así: «Apercibido deue ser todo ome que ouiere de fazer la paga al menor de veynte e cinco annos para fazerla de manera que non haya de pagar otra vez. E para ser seguro desto deue pagar lo que deue a el o a su guardador con otorgamiento o mandamiento del juez del lugar. Ca si de otra guisa lo fiziesse e despues jugasse los dineros quel fuessen pagados o los malmetiesse o los perdiesse en alguna manera, non seria quito por ende del debdo. Ante dezimos, que lo auia a pagar otra vez. Mas faziendo la paga con otorgamiento del juez asi como sobredicho es, como quier que fiziere despues su daño de los dineros del menor de XXV años, non seria tenudo el otro de gelos pagar. Ante dezimos que seria quito en todas guisas del debdo. E esso mismo dezimos que deue ser guardado en la paga que ouiesse a fazer al loco, o al desmemoriado o al desgastador de sus bienes a quien fuesse dado guardador.»

El mismo principio establecía el párr. 3.º, título VIII, lib. II, Instituta, modificado en cuanto al pago de rentas, pensiones ó intereses ó cantidades pequeñas por la ley 27, tít. XXXVII, lib. V, del Código.

Al decir en *cuanto el menor se haya enriquecido*, debe entenderse siempre que la cantidad pagada se haya empleado en algo útil al menor.

Artículo 265.—El tutor ó curador, tiene derecho á una retribucion sobre los bienes del menor, que no podrá exceder del 10 por 100 de las rentas líquidas de los mismos.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. III, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 2.ª, tít. VII, lib. III, Fuero Real.

Ley 4.ª, tít. XIV, Partida 6.ª

CONCORDANCIA

Concuerda con: Art. 342 Cód. Luisiana.

COMENTARIO

Por Derecho Romano, este cargo era gratuito, pero el Fuero Juzgo dijo: «e mandamos que tome el diezmo de los frutos en que viva;» y el Fuero Real repitió: «Y quien quier que los tenga, mantengalos de los frutos e tome para si el diezmo de los frutos por razon de su trabajo.»

La ley de Enjuiciamiento civil añade (artículo 1261)... señalará el mismo juez... el tanto por ciento que haya de abonarse por la administracion.

Debe tenerse presente, que en caso de señalarse por el Juzgado fruto por pension, no habrá lugar á la fijacion del tanto por ciento que en otro caso gana el tutor ó curador: así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Marzo de 1872.

¿Podrá el tutor reclamar mayor cantidad si verificase trabajos extraordinarios, aunque pertenecientes á la administracion de los bienes? Creemos que no, aunque podrá reclamar el pago de otros servicios que preste al menor, siempre que no sean administrativos ni sean de aquellos que tiene obligacion de practicar por razon del cargo.

No porque sean varios los tutores habrá de percibir cada uno de ellos el 10 por 100, sinó que esta cantidad se repartirá entre ellos, puesto que la ley asigna esta suma á la entidad tutor, sea uno ó varios los que desempeñen sus funciones.

La cantidad fijada por la ley nos parece excesiva.

Otros Códigos, como los de Austria y Prusia, no señalan la cantidad fija de lo que pueden pedir los tutores y curadores; otros, como el de Vaud, confieren al juez la facultad de regular esta indemnizacion; otros, en fin, como el de Francia, callan sobre esta materia.

¿Deberá el juez hacer la designacion de alimentos y del tanto por ciento que ha de percibir el tutor ó curador en concepto de administrador, ó atenerse á lo dispuesto en la ley del Fuero Real, y por consiguiente fijar el 10 por 100 que en ésta se determina? ¿Será potestativo en el mismo juez señalar una cantidad menor?

Algunos autores parecen decidirse por esta última opinion; mas en nuestro concepto, la ley de Enjuiciamiento no hace otra cosa en este caso que regular lo establecido en otras leyes, respetando sus preceptos. No desconocemos que la opinion contraria tiene sólidos fundamentos; pero creemos que para que la ley de Enjuiciamiento derogara las del Fuero, era preciso que estableciera el precepto contrario de una manera más clara y que no diese lugar á dudas que hoy existen.

Lo excesivo de la cantidad ha sido causa de que en la práctica se restrinja el precepto y se dé la interpretacion, de que no participamos, á la ley de Enjuiciamiento.

En Navarra solamente percibe el 5 por 100, y en Aragon no se fija cantidad alguna.

CAPÍTULO IX

DE LA EXTINCION DE LA TUTELA Y CURADURÍA

Artículo 266.—El cargo de tutor ó curador cesa:

Primero. Por la muerte del huérfano.

Segundo. Por llegar los menores á la edad señalada en los arts. 225 y 237.

Tercero. Por la arrogacion del menor.

Cuarto. Por obtener el menor dispensa de edad para administrar sus bienes.

Quinto. Por llegar á la edad de 18 años el menor casado.

Sexto. Por muerte del tutor ó curador.

Séptimo. Por cumplimiento del tiempo ó condicion con que fué nombrado el guardador testamentario.

Octavo. Por excusa admitida legalmente.

Noveno. Por separacion del guardador sospechoso.

ORÍGENES

Ley 21, tít. XVI, Partida 6.ª

COMENTARIO

Enuméranse en este artículo las diversas causas por que puede terminar la tutela y curaduría, pues los principios vigentes en la materia son comunes en nuestras instituciones.

Muriendo el huérfano ó llegando á la edad que la ley ha prefijado para que se extinga la tutela y curaduría, es claro que cesa su razon de ser, y se há por terminada definitivamente.

La arrogacion del menor hace imposible la tutela, porque nadie que está sometido á la patria potestad puede hallarse amparado de tutor ó curador, salvo en los casos en que taxativamente lo determinan las leyes.

La dispensa de edad (véase art. 11) es una de las gracias al sacar, que colocan al menor en las condiciones del mayor de edad, reconociéndose en él facultades, discernimiento y discrecion suficientes para obrar por sí, haciendo el uso que estime conveniente de su capacidad jurídica: sería un contrasentido poner á su lado un curador que velase por la conservacion de sus bienes.

Véase, en cuanto al núm. 5.º, lo que hemos dicho al hablar de las facultades del casado, áun cuando fuere menor de edad.

La muerte del tutor ó curador acaba con el cargo respecto del que lo estaba ejerciendo; pesi el menor no se hallare en alguno de los otros casos que se enumeran en este artículo, deberá procederse al nombramiento de un segundo tutor ó curador, á no ser que el padre, madre ó extraño, en los casos que la ley establece, hubieran designado diversos tutores para que ejercieran juntamente la guarda del menor, ó diversos curadores á fin de que se sustituyeren sucesivamente á la muerte de cada uno de ellos.

Si fuere la madre ó abuela tutora ó curadora de sus hijos ó nietos respectivamente, cesarán en el desempeño del cargo cuando pasaren á contraer segundas nupcias, á no obtener las primeras la real habilitacion de que ya hemos hablado en otro lugar. Y áun habiéndola obtenido, deberá procederse al nombramiento de otro tutor ó curador, si aquélla dejare trascurrir los sesenta días sin constituir la fianza que la ley exige.

Dice la ley 8.ª del mismo título y Partida que comentamos: «e aun decimos que los guardadores que son escritos en los testamentos pueden ser establescidos simplemente e á tiempo cierto, o so condicion, segun que fuere su voluntad del facedor del testamento:» por consiguiente, si se ha de cumplir la voluntad del testador, es preciso que, llegado el día ó cumplida la condicion que aquél estableció, cese el tutor en el desempeño de su cargo, y se proceda al nombramiento de uno nuevo, si el menor no se hallare legalmente exento de esta limitacion.

En cuanto á los núms. 8.º y 9.º, esto es, la excusa y la remocion del curador, ya hemos dicho lo bastante al art. 239 y siguientes y 245 y siguientes.

CAPÍTULO X

DE LAS CUENTAS DE LA TUTELA Y CURADURÍA

Artículo 267.—Acabada la tutela ó curaduría, el guardador ó sus herederos están obligados á dar cuenta de su administracion al menor ó á los que le representen y entregarles los bienes que constituyan su patrimonio.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VII, lib. III, Fuero Real.
Ley 21, tít. XVI, Partida 6.ª
Leyes 94 y 120, tít. XVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 469 Cód. Francia.—302 Italia.—249 Portugal.—467 Holanda.—861 Prusia.—264 Vaud.—Ley 1.ª, tít. III, lib. XXVII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Obligados los guardadores á velar por los

intereses de los huérfanos con la diligencia de un buen padre de familia, son responsables de sus intereses si por descuido ó culpa no los hubiere, porque la ley exige que den buena cuenta ó verdadera (Sent. 10 Marzo 1858).

El tutor á quien se señalen los frutos por alimento de los menores queda, relevado de la obligacion de dar cuentas de su administracion (Sent. 7 Abril 1859).

Aunque el testador disponga al nombrar por tutores y curadores de sus hijos á dos personas con relevacion de fianzas, que rindiera cuentas el que ejerza la curatela al que deba reemplazarle, sin necesidad de recurrir á tribunal alguno, esta disposicion general no comprende los casos excepcionales no previstos por el testador que impidiesen ó modificasen dicho ejercicio, los que han de sujetarse y acomodarse á las disposiciones legales que rigen sobre la materia. Uno de estos casos es cuando el mayor de 18 años, casado, entra á ejercer por sí mismo la administracion de su hacienda y la de su mujer, si fuere menor, sin necesitar vénia (Sent. 19 Noviembre 1874).

COMENTARIO

«Tenudo es,—dice la Ley de Partida,—de dar buena cuenta e verdadera de todos los bienes del huerfano, tambien mueble como raiz, e entregarlo todo a el mismo e a su guardador. E para esto cumplir, es obligado tambien el guardador, como sus fiadores e sus herederos é todos sus bienes, al huerfano e a sus herederos.»

De la obligacion de rendir buena cuenta no puede ser relevado el tutor ó curador ni áun por el padre, madre ó extraño que lo nombró en testamento.

A las resultas de estas cuentas quedaban responsables todos los bienes del tutor ó curador segun las Partidas; mas por la ley Hipotecaria (véase art. 254 y siguientes) no existe más que la hipoteca pública y especial en que consiste la fianza. Esto no obstante, si resultare alcanzado en sus cuentas el tutor ó curador, podrá el menor reclamarle (ejercitando una accion personal, no hipotecaria) las cantidades por que resulte serle deudor.

La cuenta habrá de rendirse no solamente de los bienes que estén en el inventario, sinó tambien de aquellos que adquiriera el menor con posterioridad.

La ley no señala el término en que han de rendirse las cuentas.

Sobre las cuentas que rindieren los tutores ó curadores durante la menor edad de aquel que tuviere en tutoría ó curatela, se oirá siempre al curador para pleitos de dichos menores y en su defecto el promotor. No oponiendo los mismos tutores ó promotores, en su caso, reparo á las cuentas, se aprobarán con la calidad de sin perjuicio del derecho que las leyes conceden á los mismos para reclamar cualquier agravio que en ellas pueda habérseles causado (art. 1275 ley de Enjuiciamiento civil).

En las demandas en que se ejercitaren acciones relativas á la gestion de la tutela ó curaduría, será fuero competente el del lugar en que se hubiere administrado la guardaduría en su parte principal, ó el del domicilio del menor (art. 309, regla 6.ª, ley Orgánica del poder judicial).

Artículo 268.—Serán abonables al tutor ó curador, todos los gastos hechos debida y legalmente con el huérfano ó sus bienes.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. III, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 20, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 491 Cód. Francia.—468 Holanda.—352 Luisiana.

COMENTARIO

Es regla general de derecho que todo aquel que administra bienes ó maneja negocios de otro, tiene derecho á ser remunerado de los gastos que debida y justamente haya tenido que hacer con tal ocasion.

Tratándose de la tutela y curaduría, la ley no ha podido ménos de consignar el mismo principio.

No debe olvidarse, que en cuanto á los alimentos no podrán en ningun caso exceder los gastos que con este motivo se hagan, de la cantidad que al efecto se señaló por el juez al hacer el discernimiento, y que si hubiera necesidad de señalar mayor suma, deberá solicitarlo el tutor ó curador del mismo juez.

En cuanto á los demas gastos extraordinarios que deben hacerse, lo más oportuno es solicitar del juez la autorizacion correspondiente, prévia justificacion de necesidad y utilidad. Mas si la urgencia del caso no lo permitiera, deberán practicarse las obras ó gastos, solicitando despues la aprobacion judicial, justificando del mismo modo la necesidad de estos desembolsos.

TÍTULO X

DE LA EMANCIPACION Y DE LA MAYOR EDAD

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA EMANCIPACION

Artículo 269.—El hijo podrá ser emancipado por su padre, siempre que él consienta en su emancipacion, mediante autorizacion real, obtenida con arreglo al art. 11, y con sujecion á lo prevenido en el tít. VI, segunda parte de la ley de Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Leyes 15 y 17, tít. XVIII, Partida 4.ª
Ley 4.ª, tít. V, lib. X, Nov. Rec.
Ley 14 Abril 1838.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 477 Cód. Francia.—311 Italia.—369 Luisiana. —480 Holanda. 304, caso 2.º, Portugal.—284 Vaud.

COMENTARIO

Hemos dicho en otro lugar, que entre los modos por que terminaba la patria potestad, se contaba la emancipacion.

La emancipacion se divide en voluntaria, forzosa y legal: de la primera es de la que se ocupa este artículo: de la forzosa hemos hablado en el art. 224; de la legal nos ocuparemos en artículos siguientes.

En Roma, donde el padre tenía derecho de vender al hijo, se estableció por las Doce Tablas, que á la tercera venta se entendiera el hijo libre del poder paterno.

De esta manera obraban los padres que querian emancipar á sus hijos. El emperador Anastasio, y despues Justiniano y Leon, establecieron modos distintos de verificar la emancipacion.

Nuestra ley de Partida adoptó el modo instituído por Justiniano, que consiste en comparecer el padre y el hijo ante el juez, y que el padre manifieste su deseo de emancipar al hijo, asintiendo éste, y extendiéndose á continuacion acta ó escritura que sirviera de prueba.

Posteriormente se aceptó otra forma. Mas en la actualidad es una de las *gracias al sacar*, para la cual es precisa la real habilitacion en la forma que dejamos dicha en el art. 11 del título preliminar.

Para la concesion de esta gracia, es preciso causa que la justifique y que se siga el expediente por todos los trámites que en el tít. VI de la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento civil se determinan para las informaciones para dispensa de ley.

El hijo así emancipado, queda en la situacion de un *sui juris*. Mas en cuanto á los derechos y facultades de que puede hacer uso, existen ciertas limitaciones que consignaremos más adelante (Véase art. 281).

Artículo 270.—Los efectos de la emancipacion de que se habla en el artículo anterior cesan por la ingratitud del hijo.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XVII, Partida 4.ª
Ley 19, tít. XVIII de la misma Partida.

COMENTARIO

El hijo que una vez es emancipado no vuelve ya á la patria potestad. Sin embargo, si la

emancipacion fuere voluntaria y el hijo es ingrato con su padre cesarán los efectos de aquélla y comenzará de nuevo el poder de éste. *E por ende si el fijo que fuesse emancipado, ficiesse tal yerro como este contra su padre, deshonrandolo malamente de palabras ó de fecho, debe ser tornado por ende a su poder*, dice la ley de Partida.

La ingratitud del hijo producirá diverso efecto siempre que se trate de la emancipacion forzosa ó por ministerio de la ley, pues en estos casos *per ingratitudinem non revocaretur in patriam potestatem.*

Artículo 271.—El padre que voluntariamente emancipa al hijo hace suya la mitad del usufructo de los bienes adventicios de éste.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XVIII, Partida 4.ª

COMENTARIO

Como galardon á la generosidad del padre que emancipa á un hijo renunciando así á los derechos que tenía sobre él, ha dispuesto la ley que «el padre puede retener para sí de los bienes adventicios del fijo la meitad del usofruto.»

Esto será siempre que el padre no renuncie expresamente á este derecho. No era menester que la ley consignara que el padre puede hacer esta renuncia.

Así, pues, miéntras *señaladamente no gela quitasse* se sobreentiende que conserva el padre la mitad de este usufructo, no bastando la mera tolerancia del padre de que el hijo recoja los frutos de los bienes adventicios para presumir que remite el derecho que la ley le confiere sinó que á lo más podrá suponerse que ha renunciado á los frutos ya recogidos. (Véase Antonio Gomez al núm. 10 de la ley 48 de Toro).

No debe olvidarse que este efecto de la emancipacion voluntaria, cesa cuando de voluntaria se convierte en forzosa por ministerio de la ley. Así, cuando el hijo contraiga matrimonio ó llegue á la mayor edad, cesará este usufructo (Véase la ley 48 de Toro).

Artículo 272.—Se reputará emancipado de derecho el hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayor edad.

ORÍGENES

Art. 64 Ley prov. Matr. civ.

COMENTARIO

La ley del Matrimonio civil introdujo esta novedad, que verdaderamente era hace tiempo reclamada.

Por nuestro derecho anterior á dicha ley, el hijo al llegar á la mayor edad, si bien adquiría ciertos derechos y facultades, no se emancipaba. La ley romana en que nuestro derecho se inspiró fué causa de esta organizacion de la familia; pero era evidente para los jurisconsultos que si la mayoría de edad suponía la plenitud de madurez en el juicio y en las facultades del hombre para gobernar sus actos, era anómalo que continuara bajo un poder que más que nada significa amparo y proteccion.

¿Será cierto,—pregunta Gutierrez,—que un hombre por llegar á la mayor edad, que hoy principia á los 25 años y mañana puede fijarse á los 20, se baste á símismo?

En nuestro concepto sí: á los 25 años el hombre tiene todo el desarrollo de facultades que consiente su naturaleza más ó ménos privilegiada. Si á esta edad no es capaz, no lo será ya nunca. Tal vez fuera conveniente atender al mismo tiempo á circunstancias accidentales, como la profesion ó industria que ejerce, pero esto no sería siempre fácil.

Que la mayor edad pueda fijarse mañana en los 20 años, no nos parece un peligro, pues si se hace será hijo de las condiciones de la vida que demuestren que es posible conceder al hombre el pleno goce de sus derechos en esta edad.

Artículo 273.—El hijo, desde que contrajere matrimonio legítimo, se reputará emancipado de derecho, con la limitacion establecida en el art. 121.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XI, lib. I, Fuero Real.
Ley 3.ª, tít. V, lib. X, Nov. Rec. (47 Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 476 Cód. Francia.—310 Italia.—385 Holanda.—Párr. 1.º, art. 304 Portugal.—283 Vaud.—367 Luisiana.

COMENTARIO

Por las leyes romanas, el matrimonio no era causa de emancipacion, ántes al contrario, la casada entraba á formar parte de la familia del padre de su marido, el cual adquiría una nueva hija sobre la que ejercía la patria potestad.

El Fuero Juzgo (ley 13, tit. IV, lib. II), dispuso que casándose el hijo, «el padre luegol dé su parte de la buena de su madre» (1), y la ley del Fuero Real autorizó los contratos entre padres é hijos, siempre que estos últimos estuvieren casados, lo cual hace presumir que se consideraban como emancipados. La ley de Partida no admitió esta emancipacion; mas, segun expresa Goyena, debió prevalecer la ley patria sobre la romana.

Por último, la ley 47 de Toro, de una manera clara y terminante, estableció que, *«el hijo o hija casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre.»*

Han discutido largamente los jurisconsultos sobre la palabra *velado* de la ley. En nuestro concepto, obedecía la exigencia de la ley á la necesidad de evitar los casos frecuentísimos de matrimonios clandestinos. Entónces era tan indispensable la velacion, que sin ella ni el matrimonio era legítimo, en el sentido de que adolecía del vicio de clandestinidad, ni el hijo quedaba emancipado. Despues del Concilio de Trento, en que se declararon írritas las uniones clandestinas, ha desaparecido la razon de la ley. Llamas razona muy extensamente esta materia.

Hoy, pues, aunque se prescinda de la velacion, el hijo casado se emancipa. Y hay para ello una razon á más de las que enumera Llamas: es á saber, el matrimonio civil, en el cual la velacion hoy es imposible y que á nuestro entender produce del mismo modo la emancipacion del hijo que lo contrae.

¿La declaracion de nulidad de un matrimonio celebrado con impedimento no dispensable, producirá el efecto de poner término á la emancipacion? Creemos que una de las condiciones para que la emancipacion tenga lugar, es que el matrimonio sea válido, pues que siendo nulo, no hay matrimonio hablando con propiedad. Así, pues, el matrimonio que no sea legítimo, esto es, celebrado con arreglo á las leyes y revestido de todas las condiciones de validez apetecibles, no producirá la emancipacion de los casados. Bien que si existió buena fe, los actos que se verificasen creyéndose emancipados, producirán todos sus efectos, pues como ya hemos dicho, el matrimonio nulo con buena fe produce todos los efectos del legítimo miéntras subsiste.

(1) En algunos fueros, como el de Plasencia y el de Cuenca, se hallan tambien vestigios de la emancipacion por matrimonio.

Artículo 274.—El hijo emancipado no podrá contratar con sus padres sinó despues de haber cumplido la edad de 25 años.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XI, lib. I, Fuero Real.

COMENTARIO

«Mas despues que los fijos salieren de su poder del padre o de la madre... y tuvieren su casa departida, e recauden sus cosas por sí, si ovieren edad de veinticinco años e fizieren pleito con su padre o con su madre o con uno de ellos, tal pleito vala», dice la ley del Fuero Real.

Es decir, que para que un contrato celebrado entre el padre y el hijo sea válido es preciso: 1.º, que éste se halle emancipado, y 2.º, que tenga la edad de 25 años. Despues de la ley de Matrimonio, esta segunda circunstancia envuelve necesariamente la primera.

Vamos á hacer algunas indicaciones respecto de los efectos de la emancipacion. Por lo que hemos dicho en otro lugar, compréndese desde luégo que el primer efecto es la terminacion de la patria potestad. Pero en cuanto á los demas efectos hemos de distinguir tres casos.

1.º Si la emancipacion es por edad.
2.º Si es por matrimonio.
3.º Si es por otra causa cualesquiera.

En el primer caso, la emancipacion produce el efecto de conceder al emancipado el pleno uso de su capacidad jurídica, pudiendo, por tanto, verificar toda clase de actos y contratos lícitos, disponer de sus bienes y presentarse en juicio. Goza, pues, de todos los derechos y puede hacer uso de todas las facultades que con más amplitud se conceden á los padres de familia. Estos efectos se producen ó por llegar á la mayor edad ó por estar emancipado ántes, siempre que se obtenga la real habilitacion para administrar sus bienes, bien que en este último caso no podrá vender sus bienes sin licencia judicial.

Si la emancipacion fuere por matrimonio y el casado tuviere más de 18 años, podrá administrar libremente sus bienes sin necesidad de venia, pero necesitará hallarse asistido de un curador en todos los casos, segun opinion de algunos, ó solamente para los pleitos que haya de sostener, segun creen otros.

Si la emancipacion fuere forzosa ó voluntaria, ó por matrimonio, siempre que el casado sea menor de 18 años, el menor entra en la tutela ó curaduría como cualquiera otro menor, sien-

do curador legítimo el mismo padre, salvo el caso en que la emancipacion fuere forzosa por haber el padre incurrido en alguno de los casos enumerados en el art. 224, en cuyo caso lo será el pariente á quien corresponda con arreglo á la ley; no olvidando que cuando los tribunales priven al padre de la potestad sobre sus hijos, entrarán éstos en la de la madre, y por consiguiente, que este medio de emancipacion no lo es propiamente, sinó en el caso de que los hijos no tengan más que padre ó madre.

Estos menores estarán sometidos, en cuanto á la administracion de los bienes, comparecencia en juicio, ventas y enajenaciones, á las reglas que hemos expuesto al hablar de la tutela y curaduría.

CAPÍTULO III

DE LA MAYOR EDAD

Artículo 275.—La mayor edad comienza á los 25 años cumplidos.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XIX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Véanse las del artículo 205.

COMENTARIO

El límite del desarrollo de las facultades del hombre se supone llegado con la edad de 25 años. Antes su discernimiento poco desarrollado, su ignorancia, su inexperiencia y hasta sus pasiones le colocan en situacion de no poder obrar libre é independientemente. Mas llegada esta edad, comienza la plenitud de la capacidad jurídica, y el hombre puede obrar por sí con independencia de todo poder tutelar, obligarse, enajenar sus bienes, etc., etc.

En el artículo anterior y en el 205 hemos dicho lo suficiente sobre esta materia.

TÍTULO XI

DE LA CURADURÍA EJEMPLAR

Artículo 276.—El mayor de edad incapaz para administrar sus bienes por él mismo, deberá estar asistido de un curador ejemplar.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 489 Cód. Francia.—324 Italia.—314 Portugal.—487 Holanda.—287 Vaud.—382 Luisiana.

COMENTARIO

Es regla, aceptada en general por todas las legislaciones, que aquel que es incapaz de administrar sus bienes debe estar asistido de un curador.

El Proyecto de Código y los Códigos que han refundido la tutela y curaduría en una sola institucion, á la que dan el nombre de la primera, reservan la denominacion de curaduría para la institucion que completa la capacidad de aquellos que se hallan legalmente incapacitados. En nuestro país, donde todavía no se ha aceptado esta innovacion, se distingue con la calificacion de *ejemplar* la curaduría de los incapaces.

La curaduría ejemplar no se da más que para los mayores de edad, pues los menores, áun cuando se hallen comprendidos en alguno de los casos de incapacidad, con arreglo á la ley estarán sujetos á la tutela y curaduría en el modo y forma que hemos visto en el lugar correspondiente (tít. IX).

La conveniencia, y áun pudiéramos decir la necesidad de la curaduría ejemplar, es cosa fuera de duda.

La sociedad, interesada en que todos vivan en un órden de derecho normal y seguro, gana con que los atacados de una enfermedad mental ó cualquiera otras de las causas de incapacidad que la ley enumera, se hallen amparadas de un poder que vigile constantemente por su persona y bienes. Pero de mayor ventaja es para estos infelices que de otro modo se verían en una situacion horriblemente triste.

Artículo 277.—Son incapaces de administrar sus bienes los locos, los desmemoriados, los sordos, los mudos y los pródigos.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XVI, Partida 6.ª
Ley 13, tít. I, Partida 6.ª
Ley 60, tít. XVIII, Partida 3.ª
Ley 7.ª, tít. XI, lib. I, Fuero Real.
Leyes 2.ª, y 3.ª, tít. XI, Partida 5.ª
Ley 40, tít. XVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Véanse las del artículo anterior.

COMENTARIO

La posibilidad de llegar fácilmente al abuso ha hecho necesario que las leyes señalen de una manera fija y terminante cuáles son las incapacidades que deben considerarse propiamente tales, al efecto de privar al interesado del libre uso de sus facultades jurídicas, nombrándole un curador ejemplar.

Enumeraremos las leyes de Partida referentes á esta materia.

E aun a los que fuessen mayores seyendo locos ó desmemoriados. Esta es la primera incapacidad que enumeran los Códigos. El Derecho Romano decía *loco ó demente*, palabras, en nuestro sentir, más propias que la de desmemoriado y fuera de juicio que se leen en nuestras leyes (párr. 3.º, tít. XXIII, lib. I, Instituta).

Ha sido duda suscitada ya en el Derecho Romano si los intervalos lúcidos del demente le colocarían en situacion de hacer válidos los actos ó contratos celebrados durante ellos.

El testamento otorgado por el furioso en un intervalo de lucidez, se conceptuaba válido (párr. 1.°, tít. XII, lib. II, Instituta) siempre que estuviera ordenado de la manera que se exigía á los sanos de juicio. La opinion que prevalecía es la de que esta misma regla debiera tener aplicacion á cualesquier otros actos verificados por el loco en un momento lúcido, y asi lo declaró la ley 6.ª, tít. LXX, lib. V del Código.

Nuestras leyes de Partida nada dicen respecto á esta cuestion, pero creemos lo más conveniente no conceder valor á estos actos, por la misma razon que da Goyena, esto es, porque no sería cordura someter la validez y estabilidad de los contratos á un exámen difícil y aventurado, que demostrase si aquel intervalo era ó no de lucidez.

La palabra desmemoriado que emplea nuestra ley, es un tanto indefinida y fácil al abuso; por eso creemos que debe limitarse su inteligencia al que vulgarmente se conoce bajo la denominacion de demente, comprendiendo bajo la de loco al que las leyes romanas llamaron furioso.

El sordo, segun nuestras leyes, no puede ser testigo testamentario, ni juez, ni abogado, y si no sabe hablar ni escribir, no puede otorgar testamento y debe estar sometido á curaduría, puesto que áun cuando ninguna ley lo dice expresamente, hay otras que hablan de los *guardadores de los mudos e de los sordos*, y en una Partida se dice: *e por ende dezimos que los mudos nin los sordos non pueden obligarse... porque los mudos non pueden preguntar, nin responder; nin los sordos pueden oyr quando les preguntassen.*

A pesar de estas palabras de la ley, suponen algunos que el que es simplemente sordo ó mudo, no debe considerársele como incapaz, á lo cual responderemos con las palabras de Goyena, que hablando de la imposibilidad de contratar de los sordo-mudos, dice: «¿No es consecuencia precisa que haya de dárseles curador? ¿Es, por ventura, ménos necesaria la manifestacion de la voluntad para gobernarse y gobernar sus cosas por toda la vida, que para el último acto de ella? ¿La imposibilidad no es igual en ambos casos?»

Esto no obstante se nos ocurre esta duda: el sordo y el mudo que en la época en que se dió la ley no tenían medios de expresar su voluntad, porque aún no se había hallado el medio de que éstos fueran perfectamente entendidos, se hallan hoy en muy distintas circunstancias: acabada, por tanto, la razon de la ley, ¿podrá ésta seguir obligando? ¿No deberá limitarse su precepto á aquellos que no sepan leer, escribir y comunicarse con sus semejantes?

Así lo aconseja la justicia y así debe entenderse en la práctica, haciendo aplicacion de la ley tan sólo á los que no pueden expresar su voluntad, que ésta sin duda ha sido la intencion del legislador.

En el Proyecto de Código sólo se conceptúan incapacitados los *sordo-mudos:* nuestras leyes colocan una disyuntiva entre ambas palabras.

En lo que á los pródigos se refiere, la ley de Partida, hablando de las solemnidades con que han de hacerse las ventas de bienes de menores, añade: *e en esta manera misma e por estas razones deuen ser fechas las cartas que ouieren de fazer de las vendidas que ficieren los guardadores de los bienes... de los desgastadores de lo suyo.* Y en otra ley se dice: *En latin prodigus, tanto quiere dezir en romance, como desgastador de sus bienes: e dezimos que si a este a tal por esta razon le fuesse dado guardador...* Los romanos decían del pródigo *quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum*, es decir, que lo comparaban al furioso.

Por absoluto é ilimitado que sea el derecho de propiedad (que algunas y áun muchas son las limitaciones que la ley le consigna), el abuso de ella, en que consiste precisamente la prodigalidad, cuando redunda en daño de la sociedad toda, porque engendra vicios muy desastrosos, y sobre todo lleva el mal á la familia, arrebatándola lo que de derecho la corresponde, no puede ménos de llamar la atencion del legislador, y ya que no los trate como criminales, como hacía en sus sentencias el Areópago, ni les marque con la nota de infamia, como lo hacían las leyes de Solon, á lo ménos acuda á poner coto y remedio á la locura de que se halla poseído el pródigo y coloque á su lado un curador que refrene sus despilfarros.

El Cód. Frances, art. 513, provee al pródigo de un asesor, cuyas funciones no son tan eficaces como las de nuestros curadores ejemplares. Nuestras leyes han tenido el buen acuerdo de someterlo á la administracion de un curador, que no aconseja simplemente, sinó que obra con toda libertad dentro de las facultades que las leyes le confieren. Véase sobre este punto ley 4.ª, tít. XVI, Partida 6.ª; ley 9.ª, tít. 1, Partida 6.ª, y ley 2.ª tít. VI, Partida 3.ª

Tales son, en resúmen, las disposiciones que contienen nuestras leyes respecto de la incapa-

cidad para administrar los bienes y ejercer los demas actos jurídicos que favorezcan ó perjudiquen al inhabilitado.

Artículo 278.—El cargo de curador ejemplar corresponderá por su órden á las personas que á continuacion se expresan si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlo: padre, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos del incapacitado.

ORÍGENES

Art. 1245, Ley Enjuic. civ.

COMENTARIO

Esta disposicion, áun cuando se halla en la ley de procedimientos civiles, es verdaderamente sustantiva y derogatoria de lo que sobre este punto habían ordenado las Partidas. Por eso la colocamos en este lugar.

El órden prefijado por la ley para desempeñar el cargo de curador ejemplar, no obedece, á nuestro entender, á razon ninguna atendible. Nótase, en primer lugar, un olvido en que no debiera haber incurrido el legislador, cual es el de no citar al marido, dándole derecho á ser curador de su mujer incapacitada. En segundo lugar, creemos que debiera haberse preferido la mujer á los hijos; y por último, no hallamos razon suficiente para colocar á la madre en cuarto lugar, habiendo puesto en primero al padre.

De todas maneras, la incapacidad de la mujer no puede privar al marido ni de la administracion de los bienes, ni del ejercicio de las otras facultades que la ley le concede en virtud del poder marital.

En cuanto al padre, en el mayor número de casos la muerte hará ilusorio el precepto legal.

Los hijos á quienes la ley coloca en segundo lugar (siendo mayores de edad y no estando incapacitados) tal vez son preferidos sin razon á la mujer, que despues de todo, la mayor parte de las veces será la que desempeñe el cargo.

En el Proyecto de Código, la mujer era preferida á los hijos, si bien había una excepcion para el caso de prodigalidad. Despues de la ley de Matrimonio civil, que confiere á la madre la patria potestad, todavía resulta más notable la inconveniencia de la ley. En efecto, no deja de llamar la atencion que aquélla ejerza la patria potestad sobre su hijo hasta que éste cumpla la edad de 25 años y que al dia siguiente de haberla cumplido, quede la madre sometida á la potestad del hijo, si bien de una manera indirecta.

Por Derecho Romano, no podía la mujer ser curadora de su marido: muchos Códigos la niegan tambien esta facultad, lo cual no encontramos justificado. La razon que para ello dieron los autores del Código Frances no nos parece atendible. Si lo fuera, la inexperiencia de la mujer respecto de la administracion de bienes bastaría á justificar la tutela perpetua á que los romanos las sujetaron, y sería razon para que en ningun caso pudiesen ejercer la patria potestad.

En cuanto á la forma en que tiene lugar la designacion del curador, véase la ley de Enjuiciamiento civil, art. 1243 y siguientes.

El nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el juez del domicilio del que lo necesitare, luégo que tenga noticia de su incapacidad (bien á instancia de parte, bien de oficio).

A este nombramiento deberá preceder justificacion cumplida de incapacidad.

Hecho y aceptado el nombramiento, se determinará con audiencia del promotor del juzgado el importe de la fianza que haya de prestar el curador nombrado.

La misma audiencia deberá tener lugar para la apreciacion y aprobacion definitiva de la fianza que se prestare.

Dada y aprobada la fianza, se discernirá el cargo al nombrado.

Discernido el cargo, se hará entrega al curador del caudal del incapacitado, por inventario que se unirá al expediente.

Todo expediente que se formare para el nombramiento de curador ejemplar, hecha que sea la entrega de los bienes, se protocolizará en la escribanía pública correspondiente al domicilio del incapacitado ó en la que el juez designe si hubiere más de una. Caso de no haber ninguna, la protocolizacion se hará en la escribanía de la cabeza del partido que el juez determinare.

Se dará asimismo á conocer al curador nombrado como tal, á quien corresponda segun las circunstancias del caudal.

El cargo de curador ejemplar es personalísimo (Véase el art. 238).

Artículo 279.—Si hubiere varios hijos ó hermanos, serán preferibles los varones á las hembras y el mayor al menor.

Concurriendo abuelos paternos y mater-

nos, serán tambien preferibles los varones á las hembras, y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre á los que lo fueren por la de la madre.

ORÍGENES

Art. 1246 Ley Enjuic. civ.

COMENTARIO

Acude el legislador por medio de este artículo á resolver algunas dudas que pudieran presentarse dado el laconismo del anterior.

El sexo es el que en primer término resuelve la preferencia entre los que concurran á ser curadores de un incapacitado. En igualdad de sexos tiene preferencia la línea paterna á la materna, lo cual sólo puede tener lugar tratándose de los abuelos.

El principio es bastante claro para que necesite mayor explicacion.

Artículo 280.—No habiendo ninguna de las personas indicadas en el artículo precedente, ó no siendo aptas para la curatela, el juez podrá nombrar á la que estimare más á propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reuniesen la necesaria capacidad, los que sean parientes ó amigos íntimos del incapacitado ó de sus padres.

ORÍGENES

Art. 1247 Ley Enjuic. civ.

COMENTARIO

Es una cosa análoga á la que sucede con la tutela y curaduría de menores. A falta de curador legítimo viene el dativo; éste es el designado por el juez sin intervencion del incapacitado, puesto que no se halla en las circunstancias de discernimiento que el menor, á quien se le consiente proponga ó designe persona capaz para ser su curador.

La recomendacion de atender ademas de las condiciones de capacidad marcadas por la ley, á la circunstancia de ser parientes ó amigos íntimos del incapacitado ó de sus padres, nos parece que se hubiera tenido presente por el juez áun cuando la ley no lo recordase. De todos modos, es potestativo en el juez designar ó no á los que sean parientes ó amigos del incapacitado ó sus padres, puesto que, el artículo dice: «á la que estimare más á propósito para desempeñarla.»

El prudente arbitrio del juez será la única norma en esta materia.

Artículo 281. — Todas las disposiciones contenidas en el tít. IX de este libro, serán aplicables á la curaduría ejemplar, en cuanto no se opongan á lo preceptuado en este título.

ORÍGENES

Leyes del tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 953 Cód. Prusia.—506 Holanda.—361 Luisiana.

COMENTARIO

Nuestras leyes señalan, por lo general, los mismos principios tratándose de la curaduría ejemplar que tratándose de la tutela y curaduría de los menores. Las mismas leyes rigen, por consiguiente, ambas instituciones.

Lo contenido en este título es puramente la excepcion única á lo que dijimos en el lugar correspondiente.

Así, pues, todo lo que dejamos referido respecto de los curadores, sus obligaciones para con el menor, la fianza, el inventario, la gestion administrativa, las formalidades para enajenar los bienes, la rendicion de cuentas, excusas, separacion, todo, en una palabra, es aplicable á los curadores ejemplares, salvas las diferencias que en el presente título hemos hecho constar.

La semejanza, y áun pudiéramos decir la igualdad, entre ambas instituciones, justifican y hacen conveniente que se rijan por unas leyes mismas.

Excusado es, por tanto, que repitamos lo que en otro lugar puede verse.

TÍTULO XII

DE LOS AUSENTES

Artículo 282.—Cuando una persona se ausentare dejando desamparados sus bienes, podrá el juez en caso de necesidad y á instancia de parte interesada, nombrar persona que la represente en todo aquello que se considere necesario.

ORÍGENES

Ley 12, tít. II, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 112 Cód. Francia.—55 Portugal.—20 Italia.—24 y 277 Austria. 519 Holanda.—34 y 45 Vaud.— 19 Cód. de procedimientos Prusia.—35 Baviera.

JURISPRUDENCIA

Es una costumbre usada de antiguo, y fielmente guardada, que cuando se ignora el paradero, y por consiguiente la existencia de una persona largo tiempo ausente ó desaparecida y no existen pruebas de su fallecimiento, se otorgue bajo fianza la administracion judicial de los bienes del ausente, á los parientes más próximos que tuvieren derecho para sucederle abintestato (Sent. 13 Diciembre 1864).

COMENTARIO

Los Códigos modernos dan generalmente mucha importancia á este materia.

Nuestra legislacion. copiada de la romana é hija de las necesidades en que se formó, es diminuta sobre este punto.

Generalmente, se entiende por ausencia la desaparicion de una persona del lugar donde tiene su domicilio.

En este sentido, para que la ausencia produzca efectos jurídicos, es preciso que vaya acompañada de otras circunstancias.

La ley de Partida, de que está tomado nuestro artículo, hablando de las demandas que pueden presentarse contra bienes cuyo dueño está ausente y no ha dejado quien le represente dice: »*e por ende el que quisiere fazer tal demanda como esta deue pedir al juez del lugar que de quien guarde en aquel pleyto los bienes de aquel a quien quisiere demandar e el deuelo fazer... e quando tal Guardador fuere dado puede entrar en juyzio con el e todo cuanto razonare o fiziere por el derechamente e sin engaño sea valedero.*»

Tal es la única ley que se contiene en nuestro Derecho respecto de la administracion de bienes de ausentes.

Aun cuando la ley habla sólo del caso en que haya de imponerse demanda, entendemos que el mismo principio y regla deben tener aplicacion á otros casos semejantes. Bajo la frase «en todo aquello que se considere necesario,» de nuestro artículo, creemos que se halla comprendida la facultad de litigar, de administrar bienes, y otras que, áun cuando no las enumere la ley, deben suponerse en el guardador nombrado.

A falta de ley, la costumbre ha tenido que llenar la necesidad que se sentia en este punto. Así es que (Véase Dic. de Escriche) los intérpretes, haciendo aplicacion de algunas disposiciones del Derecho Romano, creyeron que á los bienes del ausente debia nombrárseles un curador, del mismo modo que cuando se trata de menores ó incapacitados. Pero ¿cuándo deberá hacerse este nombramiento? Si el objeto de la curaduría es el cuidado de los bienes, claro es que no se ha de esperar á que éstos se destruyan. Escriche cree que, cuando haya peligro de inminente ruína, nadie quiera voluntariamente (por una gestion de negocio) encargarse de la administracion de los bienes, y ademas conste con certeza que el regreso del propietario se dilata más de lo que permite la urgencia del remedio, será llegado el caso de nombrar un curador á los bienes del ausente; ántes no lo cree posible.

La opinion general designa á los parientes como los que deben ser curadores en este caso, lo cual, en sentir de Escriche, no es muy acep-

table, porque los parientes, con el mero hecho de no cuidar de la herencia desamparada, manifiestan su escaso interes en el negocio, y por ello poco habrá que esperar de su administracion.

Tampoco halla Escriche justificado que se nombre curador á los bienes del ausente voluntario, pues si éste deja los bienes abandonados, sin proveer despues á su administracion, siendo esto negocio facilísimo hoy, no parece que deba tener la sociedad más cuenta que el interesado de sus bienes, ni debe estar el poder social para ser curador de negligentes y perezosos.

No sucede lo mismo tratándose de ausentes, cuyo paradero se ignore ó cuya ausencia ha sido forzosa.

De todas maneras, sobre este punto no hay leyes concretas. Debe estarse, pues, á la costumbre, y no olvidarse que la jurisprudencia ha sancionado que se entregue la administracion á los parientes, cuando la ausencia fuere prolongada é ignorado el paradero.

El curador (ó pariente) á que se confie la administracion de estos bienes, estará, en nuestro concepto, sujeto á todas las formalidades y obligaciones que los nombrados para menores (Véase tít. IX).

Trascurrido suficiente tiempo para que el ausente tenga la edad de cien años, dicen los autores que debe reputársele muerto, en atencion á que es el término máximo de la vida, y que no es natural suponer que vive un hombre más de lo que ordinariamente se prolonga la vida humana. Necesario es fijar un término para que al ausente se le repute muerto, y estamos conformes en el que los autores señalan, mas téngase presente que la ley nada dice. Esta precaucion será de las llamadas *juris tantum*; por consiguiente, se destruirá con la presentacion del que se hallaba ausente y se creyó muerto.

Artículo 283.—Trascurridos diez años desde que una persona se ausentare para lejanos países, se la reputará muerta, si se acreditare ser fama y decirse públicamente en aquel país que dicha persona ha fallecido.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XIV, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

No constando sinó por fama pública la muerte de un ausente y existiendo duda sobre ello, es conforme á esta ley fijar como época de su fallecimiento la de diez años despues del dia en que corrió la noticia de haber naufragado (Sent. 28 Junio 1862).

La entrega que en este caso se hace de los bienes á los parientes, ha de ser con inventario y sin perjuicio de entregarlos con los frutos que produzcan al ausente si apareciere, ó al heredero designado ó instituido (Sent. 13 Diciembre 1864).

Cuando una persona ausente se supone muerta y han pasado diez años, es prueba de su defuncion el acreditar que esto es fama en aquel lugar ó tierra y que públicamente dicen todos que dicha persona falleció (Sent. 27 Noviembre 1866).

COMENTARIO

Tres requisitos exige este artículo para que pueda declararse muerto al ausente:

1.° Que el ausente haya marchado á tierras lejanas.

2.° Que la ausencia se haya prolongado por diez años á lo ménos.

Y 3.° Que sea fama y se diga públicamente en aquel lugar que ha muerto aquél cuyo fallecimiento se trata de acreditar.

De este último requisito puede prescindirse en caso de naufragio (Véase la jurisprudencia).

Mas la prueba que resulta de la reunion de estas tres circunstancias no es de tal fuerza que no pueda destruirse. Así, por ejemplo, si se presentase el ausente á quien se creyó muerto, cesarán los efectos que por aquella presuncion se produjeron.

Una vez que concurren las circunstancias del artículo se pondrá en posesion de la herencia á los herederos *abintestato* del ausente, y si hubiere dejado testamento á las personas que en él haya designado, segun opinan algunos autores. El heredero habrá de prestar fianza que responda de los bienes, aunque no de sus frutos, segun la opinion más comunmente admitida, por que respecto de estos se observarán las mismas reglas que en otro lugar expondremos respecto de los poseedores de buena fe, siempre que ésta concurra en los herederos.

La ausencia produce tambien diversos efectos, segun se trate de la prescripcion, herencias, etc., que veremos en otro lugar, y tiene determinada importancia en materia procesal.

Respecto á los actos jurídicos que el ausente otorgue en el extranjero, téngase presente lo que dijimos al hablar de las leyes que rigen los

actos de la persona segun se refieran á la capacidad, propiedad, etc. (art. 4.º).

Artículo 284.—Si el ausente no lo fuere en lejanos países ó hubieren trascurrido ménos de diez años desde el día en que se ausentó, solamente podrá acreditarse su muerte por testigos que expresen haberle visto muerto y enterrar.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XIV, Partida 3.ª

COMENTARIO

Faltando las condiciones que se exigen por el artículo precedente, no es posible tener por muerto al que se ausentó. Así es, que si no hubiere ido á lejanas tierras, ó no hubieren trascurrido diez años de ausencia, no há lugar á la presuncion de muerte, á no ser se pruebe por testigos que afirmen haberle visto muerto y enterrar.

En este caso, el dicho de los testigos, reuniendo las condiciones ordinarias que se exigen comunmente para ser tenidas por veraces, formará prueba de la defuncion del ausente, á falta de prueba documental.

Estas son las únicas reglas que se hallan en nuestro derecho tratándose de ausentes. En los modernos Códigos se concede gran importancia á esta materia, y se contienen numerosas disposiciones para prevenir los males que pudieran resultar de la ausencia y para la presuncion de muerte.

Artículo 285.—Los ausentes por causa de la república, gozarán del beneficio de *restitucion in integrum*, que podrán ejercitar en los cuatro años siguientes á su regreso contra el que hubiera prescrito bienes de sú patrimonio.

Si falleciere en la ausencia, sus herederos gozarán del mismo beneficio durante los cuatro años siguientes al día en que tuvieren noticia del fallecimiento.

ORÍGENES

Leyes 9.ª y 10, tít. XI, lib. II, Fuero Real.
Ley 28, tít. XXIX, Partida 3.ª

COMENTARIO

Los autores dividen la ausencia en voluntaria, necesaria por oficio público renunciable, por comodidad, por interes, por capricho, por oficio público no renunciable, por pena, por suceso grave, por obstáculos insuperables, etc., etc.

Pero la que produce verdaderos efectos, es la de los «caballeros que van en hueste ó en mandadería del Rey ó del Comun de su Concejo, ó estando en escuelas para aprender alguna ciencia ó cayendo catiuo,» es decir, á aquellos que se ausentaren por causa de la república, los cuales gozan del beneficio de *restitucion in integrum*, contra los que prescribieron ó comenzaron á prescribir sus bienes.

Por consiguiente, el que se ausentó ó sus herederos, pueden entablar este recurso contra el que ha prescrito bienes del ausente. Este recurso habrá de entablarse en los cuatro años siguientes á su regreso, ó contados en otro caso desde que el heredero tuvo noticia del fallecimiento.

Este beneficio no comprende más que el caso taxativamente designado en la ley, esto es, la prescripcion: fuera de él no será lícito invocar la *restitucion* en favor del ausente.

Otras leyes (1) hablan de la restitucion que puede pedir el ausente contra la sentencia dictada, cuando no dejó apoderado y cuando lo dejó y la sentencia le perjudica, estableciendo que en el primer caso no valga, y en el segundo, pueda recurrir de ella en el término de cincon días, contados desde su regreso. Esta doctrina es más bien de procedimientos que de derecho civil, por lo cual omitimos ocuparnos de ella. Ademas hay razones poderosas para creer que está derogada por la ley de Enjuiciamiento civil que establece reglas y principios que deben cumplirse en los casos de *rebeldía* (arts. 1182 y siguientes de dicha ley).

Los ausentes voluntarios, se dice que no tienen privilegio ninguno, lo cual no es absolutamente cierto, porque despues de todo, no otra cosa son las leyes que establecen un plazo mayor cuando se trata de prescribir bienes, servidumbres ó derechos cuyo dueño no está presente, como veremos en el lugar oportuno.

(1) Ley 10, tít. XXIII, Partida 3.ª, Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XX, lib. XI, Nov. Rec.

TÍTULO XIII

DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 286.—La Direccion general de los Registros (1), los Jueces municipales en la Península é islas adyacentes y Canarias, y los Agentes diplomáticos y consulares españoles en territorio extranjero, llevarán un registro, en el que se inscribirán ó anotarán los actos concernientes al estado civil de las personas.

ORÍGENES

Art. 1.° Ley prov. Reg. civ. 1870.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 40 Cód. Francia.—2452 Portugal.—356 Italia.—13 Holanda.

COMENTARIO

Bien puede afirmarse que no hay un solo pueblo donde no se haya experimentado la necesidad de que el Estado tuviera oportuna noticia de aquellos actos que, refiriéndose al estado civil de las personas, introducen alguna variacion ó modificacion en el mismo. A esta necesidad ha obedecido la creacion de registros que durante mucho tiempo se hallaban unidos á determinadas solemnidades con que la religion ha revestido siempre aquellos actos que son de mayor trascendencia en la vida del hombre: tales son el nacimiento, que iba unido al bautismo; el matrimonio con el carácter de sacramento; y la muerte, acompañada de las preces de la Iglesia y la sepultura en terreno santo. De esta manera, si bien indirectamente, existía un verdadero Registro del estado civil.

Estos registros, sin embargo, eran muy incompletos, porque no contenian algunos otros actos de inmensa importancia en la vida del hombre, y que á la sociedad interesa hacer constar de una manera escrupulosa y segura, y llegaron á ser del todo ineficaces desde el momento en que, sancionada la libertad de conciencia, era posible el caso de que muchos ciudadanos se negaran, en uso de su derecho, á invocar las bendiciones de la Iglesia católica en aquellos actos objeto del Registro.

A consecuencia, por tanto, de la libertad de cultos, nació la imperiosa necesidad de crear un Registro encomendado única y exclusivamente al Estado, y en el cual, haciendo caso omiso de las creencias religiosas, fueran las inscripciones una obligacion impuesta por la condicion de ciudadano.

Otras razones aconsejaban, por otra parte, la separacion de los Registros de manos de la Iglesia.

El Proyecto de Código civil, si bien estableció algunas reglas respecto á la manera de llevar el Registro, no completó la reforma y lo dejó encomendado á los párrocos, del mismo modo que se hallaba anteriormente, pues no creyeron cosa fácil hallar personas de la misma ilustracion y moralidad á quien poder confiar la delicada mision de llevar cuenta y razon del estado civil de los ciudadanos.

La ley del Registro civil de 18 de Junio de 1870, inspirada en principios de mayor libertad, llevó á cabo la separacion completa de los Registros en su doble aspecto de civil y reli-

(1) La Direccion general del Registro de la propiedad tomó, desde la publicacion de esta ley, la denominacion de Direccion general de los Registros civil y de la propiedad y el notariado.

grioso, y justo es consignar que la nueva institucion se ha desarrollado sin más obstáculos que los nacidos de la intolerancia religiosa; bien es verdad que otros ensayos hechos en épocas anteriores no habían producido los mejores resultados.

En 3 de Febrero de 1823 se trató de crear un Registro puramente civil, ordenándose al efecto que los Ayuntamientos llevaran los correspondientes libros donde habían de anotarse los nacimientos, matrimonios y defunciones que acaecieran dentro del territorio de sus respectivas jurisdicciones, debiendo remitir trimestralmente á las Diputaciones el extracto de las anotaciones.

Idénticas disposiciones se repitieron en 23 de Julio de 1835 y 19 de Enero de 1836, y por Real Orden de 10 de Diciembre de 1836 se ordenó que se diera parte á los Ayuntamientos de los nacimientos, matrimonios y defunciones, á fin de que se pudiese constituir un verdadero Registro. Mas no habiendo dado resultado las anteriores tentativas á causa de las grandes dificultades que se presentaban para poder plantear el Registro en los pueblos de corto vecindario, se dispuso en 24 de Enero de 1841 que solamente por los Ayuntamientos de las cabezas de partido de más de 500 vecinos se llevase el Registro en el cual había de hacerse la inscripcion de los actos ántes mencionados que ocurrieran en todo el término jurisdiccional, sujetándose en estas inscripciones á los partes que les habían de remitir los curas párrocos.

Fracasó igualmente este proyecto de Registro y así continuaron las cosas hasta que por la ley de 1870 se llevó á cabo de una manera definitiva el establecimiento del Registro civil.

En esta ley se comprendió la necesidad de que las inscripciones no se limitaran exclusivamente á los nacimientos, matrimonios y defunciones, sinó que se extendieran á otros actos de bastante importancia, y que de una manera directa ó inmediata influyen ó modifican el estado civil de los ciudadanos, tales como las naturalizaciones, los reconocimientos de hijos naturales, las legitimaciones de los hijos ilegítimos, las adopciones, las emancipaciones, las interdicciones á consecuencia de penas que lleven consigo la privacion de derechos políticos y de familia, las ejecutorias de divorcio y de nulidad del matrimonio, los discernimientos de tutelas y curadurías y remociones de estos cargos, la dispensa de edad, etc., etc., bien que unas inscripciones tienen el carácter de principales, y otras el de accesorias ó accidentales, puesto que los actos jurídicos que enumeramos en el artículo 334 (60 de la ley) solamente se harán constar por medio de anotaciones marginales en la partida de nacimiento del libro que ha de archivarse en la oficina del Registro.

Así, pues, el Registro civil consta de cuatro clases de asientos, como veremos en el lugar correspondiente: nacimientos, defunciones, matrimonios y ciudadanía.

La ley del Registro civil que forma el presente título contiene muchas disposiciones que no tienen verdadera cabida en este lugar, por cuya razon los hemos trascrito allí donde á nuestro entender eran más pertinentes, como puede verse en el título que habla de la vecindad y el domicilio: y algunas otras disposiciones puramente reglamentarias las hemos suprimido, pues que directa ni indirectamente atañen á lo que es objeto de este libro.

Artículo 287.—En el Registro de la Direccion general se inscribirán:

Primero. Los nacimientos en el extranjero de hijos de español que no tenga domicilio conocido en España.

Segundo. Los nacimientos ocurridos en buque español durante un viaje, si ninguno de los padres tuviese domicilio conocido en España.

Tercero. Los nacimientos de hijos de militares, ocurridos en el extranjero donde los padres se hallen en campaña, si no fuese conocido su último domicilio en España.

Cuarto. Los matrimonios *in articulo mortis* contraidos por militares en el extranjero hallándose en campaña, si no fuese conocido su último domicilio en España.

Quinto. Los matrimonios de la misma clase celebrados durante un viaje por mar, si ninguno de los contrayentes tuviese domicilio conocido en España.

Sexto. Los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero, si el contrayente ó contrayentes españoles no tuvieran domicilio conocido en España.

Séptimo. Toda ejecutoria en que se declare la nulidad ó se decrete el divorcio de un matrimonio inscrito en el Registro de la Direccion general.

Octavo. Las defunciones de militares

ocurridas en campaña, cuando no sea conocido el domicilio anterior del difunto.

Noveno. Las ocurridas en viaje por mar, si el difunto no tuviese domicilio conocido en España.

Décimo. Las de españoles ocurridas en el extranjero.

Undécimo. Las cartas de naturaleza cuando los interesados no hayan elegido domicilio en España.

Duodécimo. Las declaraciones de opcion por la nacionalidad hechas en territorio extranjero de padre ó madre española, si los que hicieren la declaracion no eligiesen al hacerla domicilio en España.

Décimotercero. Las de españoles que hubiesen perdido esta cualidad, manifestando que quieren recuperarla, si al hacerlo no eligiesen domicilio en España.

Décimocuarto. Las que para recuperar la nacionalidad española hagan las personas nacidas en el extranjero de padre ó madre españoles que hubiesen perdido esta cualidad, si tampoco eligen domicilio en España.

Décimoquinto. Las hechas con el mismo objeto por españolas casadas con extranjeros, despues del fallecimiento de sus maridos, en el mismo caso de los cuatro números anteriores.

ORÍGENES

Art. 2.°, Ley Reg. civ.

Artículo 288.—En el Registro encomendado á los jueces municipales deberán ser inscritos:

Primero. Los nacimientos ocurridos en territorio español.

Segundo. Los ocurridos en viaje por mar ó en el extranjero, si los padres ó alguno de ellos tuvieren domicilio conocido en España.

Tercero. Los matrimonios que se celebren en territorio español.

Cuarto. Los celebrados *in artículo mortis* en viaje por mar, si algunos de los contrayentes tuviese domicilio conocido en España.

Quinto. Los celebrados en el mismo caso por militares en campaña en el extranjero, si fuese conocido su último domicilio en España.

Sexto. Los matrimonios celebrados en el extranjero por un español y un extranjero, ó por dos españoles, si tienen domicilio conocido en España.

Séptimo. Los matrimonios de extranjeros celebrados segun las leyes de su país cuando los contrayentes trasladen á España su domicilio.

Octavo. Las ejecutorias en que se declare la nulidad del matrimonio ó se decrete el divorcio de los cónyuges.

Noveno. Las defunciones que ocurran en territorio español.

Décimo. Las de militares en campaña cuando sea conocido su domicilio.

Undécimo. Las que ocurran en viaje por mar si el difunto tuviese domicilio conocido en España.

Duodécimo. Las cartas de naturaleza cuando los interesados elijan domicilio en territorio español.

Décimotercero. Las justificaciones hechas en forma legal por extranjeros que hayan ganado vecindad en territorio de España relativamente á este hecho.

Décimocuarto. Las declaraciones de opcion por la nacionalidad española hechas por los nacidos en España de padres extranjeros ó de padre extranjero y madre española.

Décimoquinto. Las hechas por los comprendidos en los números 12, 13, 14 y 15 del artículo anterior, si al hacerlas eligiesen domicilio en España.

Décimosexto. Las que hagan los extranjeros manifestando querer fijar su domicilio en territorio español, ó querer trasladarlo á punto distinto dentro del mismo.

Decimoséptimo. Las ejecutorias en que se disponga la rectificacion de cualquier partida de dichos registros municipales.

ORÍGENES

Art. 3.° Ley Reg. civ.

COMENTARIO

Por Decreto de 1.° de Mayo de 1873, art. 12, se dispuso que se trascribiera al Registro, en

la seccion correspondiente, toda partida que, expedida con las solemnidades legales por los párrocos con referencia en sus libros, hiciese constar algun acto civil ocurrido con anterioridad al 1.° de Enero de 1871, y fuese presentado en aquella oficina con motivo de algun acto ó inscripcion, siempre que el nacimiento del interesado á quien se refiera haya tenido lugar en la demarcacion del Registro donde se presentare. Esta trascripcion se mencionará ligeramente en la inscripcion ó anotacion que haya de verificarse, poniéndose en ambas las correspondientes notas de mutua referencia.

Los encargados del Registro están obligados á practicar la trascripcion de cualquier documento de esta clase que presentaren los particulares con este objeto, siempre que lo soliciten verbalmente ó por escrito. En el caso de que el acto que haya de trascribirse no sea el nacimiento, se exigirá como requisito indispensable para verificar la trascripcion, la partida ó certificado de aquél. Sólo es competente para verificar la trascripcion el encargado del Registro de la naturaleza del interesado.

Cuando los interesados soliciten la trascripcion de su partida de nacimiento en un Registro distinto del punto donde hubiere tenido lugar aquél, sólo podrá verificarse esta diligencia despues de cerciorarse de la identidad del documento presentado, por medio de comunicacion al encargado del Registro del expresado punto, que confrontará con su original la partida presentada, que devolverá en el término de un mes al Juez de quien proceda. Cuando se hayan de trascribir las partidas ó documentos que procedan de fuera de la Península, se practicará igual diligencia siempre que sea posible, por medio de los cónsules y agentes consulares en el extranjero, exigiendo en todo caso la legalizacion correspondiente. Una vez trascritas en el Registro las indicadas partidas, se remitirá copia literal de ellas al Juzgado municipal en cuya circunscripcion hubiere tenido lugar el nacimiento del interesado, para que se haga la trascripcion en los términos prevenidos anteriormente.

Artículo 289.—En el Registro que deben llevar los agentes diplomáticos y consulares de España se inscribirán:

Primero. Los nacimientos de hijos de españoles ocurridos en el extranjero.

Segundo. Los matrimonios que en él se contraigan por españoles ó por un extranjero y un español que conserven su nacionalidad.

Tercero. Las defunciones de españoles que allí ocurran.

Cuarto. Las declaraciones de españoles que quieran conservar esta cualidad al fijar su residencia en país extranjero, donde por sólo este hecho sean considerados como nacionales.

Quinto. Las declaraciones comprendidas en los números 12, 13, 14 y 15 del art. 287 (2.° de la ley).

ORÍGENES

Art. 4.° Ley Reg. civ.

Artículo 290.—El Registro civil se dividirá en cuatro secciones, denominadas: la 1.ª *de nacimientos*, la 2.ª *de matrimonios*, la 3.ª *de defunciones*, y la 4.ª *de ciudadanía*, habiendo de llevarse cada una de ellas en libros distintos.

ORÍGENES

Art. 5.° Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 40 Cód. Francia.—2452 Portugal.—556 Italia.—13 Holanda.

COMENTARIO

Los libros á que se refiere este artículo han de llevarse por duplicado en cada una de las cuatro secciones del mismo, y serán uniformes en todos los juzgados municipales.

Los que se llevan por los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero, se diferencian de los anteriormente expresados en su forma externa; pero son iguales á ellos en cuanto al órden, modo y forma de sus asientos.

En la Direccion general, ademas de los libros expresados en el artículo precedente, se lleva para cada una de las secciones del Registro otro especial, en el que se toma razon sustancial de las actas y declaraciones que segun la ley deben remitirse á la misma Direccion para que los mande incribir en los Registros municipales, y de la fecha en que se les envía.

Los libros oficiales del Registro se encabezan con una diligencia expresiva de la seccion y Registro á que corresponden, del número de folios que contienen y la fecha de la diligencia.

El primer asiento de inscripcion de cada li-

bro del Registro se extiende inmediatamente despues de esta diligencia.

Las demas inscripciones se van extendiendo sucesivamente sin dejar espacio ninguno en blanco.

Todos los asientos de inscripcion de cada seccion del Registro están correlativamente numerados al márgen, y debajo del número de órden que les corresponde se escribe el nombre y apellido de la persona ó personas á quienes se refiere la inscripcion.

Por las inscripciones ó asientos de cualquier clase que se hagan en los libros del Registro civil no se podrá exigir retribucion alguna; los interesados sólo deberán satisfacer á quien corresponda el coste de los documentos que presenten y los derechos de las certificaciones que á su instancia se expidieron con referencia á los asientos y documentos del Registro, á tenor de las prescripciones del Reglamento.

Ademas de los libros oficiales del Registro, llevarán los encargados de aquél todos los auxiliares que juzguen convenientes; pero éstos no harán fe como documentos públicos, y serán considerados como asientos privados.

Artículo 291.—Todos los asientos del Registro civil deben expresar:

Primero. El lugar, hora, día, mes y año en que son inscritos.

Segundo. El nombre y apellido del funcionario encargado del Registro y del que haga las veces de secretario.

Tercero. Los nombres y apellidos, edad, estado, naturaleza, profesion ú oficio y domicilio de las partes y de los testigos que en el acto intervengan.

Cuarto. Las declaraciones y circunstancias expresamente requeridas ó permitidas por éstas ú otras leyes con relacion á cada una de las diferentes especies de inscripciones; pero no otras declaraciones ó circunstancias que por vía de observacion, opinion particular ú otro motivo creyese conveniente consignar el Juez ó cualquiera de las demas personas asistentes.

ORÍGENES

Art. 20 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 34 Cód. Francia.—18 Holanda.—2448 Portugal.—352 Italia.

COMENTARIO

Para el cumplimiento de este artículo se tendrán presentes las siguientes reglas que contiene el art. 21 del Reglamento:

1.ª Para expresar la naturaleza de las partes y de los testigos, como lo exige el núm. 3.° de este artículo, se consignará el nombre del pueblo en que hayan nacido, el del término municipal y el de la provincia á que corresponda en el día que se haga la inscripcion ó asiento.

2.ª Para expresar el domicilio de las partes y testigos que se exige en el mismo artículo, se consignará el pueblo en que estén domiciliados al hacerse la inscripcion ó asiento, con expresion de la calle y número de la casa en que habiten, ó de la parroquia á que pertenezcan, si habitaren en un punto donde no estén determinadas las casas por números y calles, el término municipal y la provincia á que corresponda.

3.ª Para expresar, segun lo requiere el propio número y artículo, la profesion ú oficio de las mujeres que no lo tengan especial, se dirá: *dedicada á las ocupaciones propias de su sexo.*

4.ª Para expresar la edad, cual se previene tambien en dicho número y artículo, se dirá solamente *mayor de edad*, cuando la tengan cumplida con arreglo á la ley comun las personas de que se trate. Si alguna de ellas no estuviese en este caso, se expresará con exactitud la edad que tenga, ó bien se consignará el día de su nacimiento á tenor de la certificacion del mismo si se hubiese presentado.

Artículo 292.—Los nacimientos, matrimonios y demas actos concernientes al estado civil de las personas que tengan lugar desde el día en que empiece á regir esta ley se probarán con las partidas del Registro que por ella se establece, dejando de tener el valor de documentos públicos las partidas del Registro eclesiástico referentes á los mismos actos. Los que hubieren tenido lugar en fecha anterior se acreditarán por los medios establecidos en la legislacion vigente hasta la fecha indicada.

ORÍGENES

Art. 35 Ley Reg. civ.

Artículo 293.—Acreditándose que no han existido ó que han desaparecido los dos ejemplares del Registro en que debiera hallarse

inscrito un acto concerniente al estado civil de una persona, podrá acreditarse este acto por los demas medios de prueba que establecen las leyes.

ORÍGENES

Art. 36 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 46 Cód. Francia.—364 Italia.—26 Holanda.

Artículo 294.—Los libros del Registro civil serán talonarios, y se formarán bajo la inspeccion de la Direccion general con todas las precauciones convenientes para evitar falsificaciones.

Se exceptúan de la disposicion anterior los que han de llevar los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero, los cuales podrán ser de forma comun, rubricándose todas sus fojas por el funcionario encargado del Registro, y sellándolas con el sello de la oficina diplomática ó consular á que correspondan.

ORÍGENES

Art. 6.° Ley Reg. civ.

Artículo 295.—Los libros correspondientes á cada una de las secciones del Registro municipal y diplomático ó consular se llevarán por duplicado con su índice alfabético respectivo.

ORÍGENES

Art. 7.° Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 40 Cód. Francia.—156 Italia.—2452 Portugal.

Artículo 296.—La Direccion determinará en el Reglamento las diligencias y requisitos con que se han de encabezar y cerrar todos los libros del Registro, así como los resúmenes anuales de sus inscripciones. Determinará tambien los libros borradores auxiliares y la forma en que deban llevarse, el método y condiciones de los asientos y el sistema de referencias; el de los índices de documentos; cuándo, dónde y cómo deben formarse y conservarse los archivos de libros y documentos.

ORÍGENES

Art. 8.° Ley Reg. civ.

Artículo 297.—Todas las diligencias de apertura y clausura de los libros del Registro civil se autorizarán en el que ha de llevarse en la Direccion general con las firmas del director y oficial del respectivo negociado; en los que han de establecerse en los juzgados municipales, con las de los jueces y secretarios; y en los que han de tener á su cargo los agentes diplomáticos y consulares en el extranjero, con las de estos funcionarios y los cancilleres.

Donde no hubiese un encargado especial de la Cancillería firmarán en su lugar dos testigos mayores de edad.

Tambien se autorizarán las diligencias expresadas con el sello que la Direccion general, juzgados y embajadas ó consulados acostumbren á usar.

ORÍGENES

Art. 9.° Ley Reg. civ.

Artículo 298.—Cuando se cierre un libro de los del Registro municipal y su duplicado, por haberse llenado todos los folios de cualquiera de ellos, uno se archivará en la secretaría, y otro se remitirá, en el término de ocho días, al tribunal del distrito correspondiente, con el objeto de que se archive tambien en la secretaría respectiva.

Los agentes diplomáticos ó consulares de España en el extranjero remitirán el duplicado de que se habla en el artículo anterior á la Direccion general del Registro.

ORÍGENES

Art. 10 Ley Reg. civ.

Artículo 299.—Si uno de los dos ejemplares de cualquiera de las secciones del Registro sufriere extravío ó destruccion, se sustituirá inmediatamente por una copia certificada del ejemplar conservado, librada por el encargado del archivo en que éste se en-

cuentre. Dicha copia se sacará en libro talonario pedido al efecto á la Direccion general, y se cotejará con su original, anunciando veinte días ántes por edictos en las capitales del distrito municipal y de la circunscripcion, y en la de la embajada, ó consulado en su caso, el día, hora y lugar en que el cotejo haya de tener efecto, para que cuantos se consideren interesados puedan concurrir al acto.

Presenciarán y autorizarán con sus firmas las diligencias de cotejo uno de los jueces del tribunal de distrito y el promotor fiscal, ó dos testigos españoles mayores de edad, si el libro correspondiese á un Registro diplomático consular.

ORÍGENES

Art. 11 Ley Reg. civ.

Artículo 300.—El coste de la copia de que se habla en el artículo anterior y del libro en que haya de sacarse, y los gastos de traslacion y estancia de los funcionarios que deban presenciar su cotejo, se satisfarán por la persona responsable de la destruccion ó extravío, si fuese habida y tuviese medios para ello. En otro caso los gastos de la copia y del libro serán por cuenta de los productos del Registro, y los demas de oficio.

ORÍGENES

Art. 12 Ley Reg. civ.

Artículo 301.—Todos los asientos de las diferentes secciones del Registro civil estarán autorizados con el sello de la oficina correspondiente, y se firmarán por el juez y el secretario, ó por quienes legalmente les sustituyan en el desempeño de las atribuciones generales de sus cargos, por la persona ó personas que hayan hecho la declaracion ó manifestacion á que dichos asientos se refieran, y por dos testigos mayores de edad.

ORÍGENES

Art. 13 Ley Reg. civ.

Artículo 302.—Las incripciones que deban hacerse en los Registros de que están encargados la Direccion general y los agentes diplomáticos ó consulares de España en el extranjero, se autorizarán con los sellos respectivos y con las firmas del director general y del oficial del negociado, ó con las de dichos agentes y los cancilleres en su caso, firmando ademas los testigos y las otras personas que deban concurrir al acto.

ORÍGENES

Art. 14 Ley Reg. civ.

Artículo 303.—Antes de ponerse el sello y las firmas de que hablan los artículos anteriores, se leerá íntegramente el asiento á las personas que deban suscribirlo, expresándose al final del mismo haberse llenado esta formalidad. Las mismas personas podrán leerlo por sí ántes de poner su firma.

Hecha una inscripcion, en el acto se extenderá otra enteramente igual en el libro duplicado de la misma seccion del Registro, sellándose y firmándose, previo cotejo, por las mismas personas que aquélla.

Las equivocaciones ú omisiones que se hubiesen cometido serán salvadas de puño y letra de la misma persona que haya escrito el asiento al final de éste, y haciéndose al efecto las oportunas llamadas. Hecha de esta manera la correccion, se procederá á estampar el sello y firmas que correspondan.

Firmada ya una inscripcion no se podrá hacer en ella rectificacion, adicion ni alteracion de ninguna clase sinó en virtud de ejecutoria del tribunal competente, con audiencia del ministerio público y de las personas á quienes interese. Esta ejecutoria se inscribirá en el Registro donde se hubiere cometido la equivocacion, expresándose en el nuevo asiento el tribunal que la haya dictado, su fecha, juício en que haya recaído, resolucion que contenga y día de su presentacion al encargado del Registro para su inscripcion.

Al márgen de ésta y de la inscripcion rectificada, se pondrá una sucinta nota de mutua referencia.

ORÍGENES

Arts. 15, 16, 17 y 18 Ley Reg. civ.

COMENTARIO

Lo dispuesto en los dos últimos párrafos de este artículo debe entenderse solamente para en el caso de que la rectificacion altere ó pueda alterar la esencia de la inscripcion ó afecten al estado civil de la persona, pues los demas errores materiales que se adviertan despues de firmada la inscripcion, y consistan en la equivocacion de un nombre, apellido, fecha, palabra ó frase, pueden subsanarse acreditándose el error ante el juez municipal encargado del Registro civil en que se hubiese hecho la inscripcion, quien exigirá la prueba que segun los casos estime oportuna, y dictará el correspondiente auto declarando en qué consiste el error; cuyo auto se copiará al márgen del asiento de inscripcion, firmando esta anotacion el juez, el secretario, la persona que promueva el expediente, y si fuese posible, la persona que hizo la primera declaracion ú otra á su ruego si no pudiere firmar (R. O. 17 Enero 1872).

Artículo 304.—Si por alguna circunstancia extraordinaria se interrumpiese una inscripcion, cuando sea posible continuarla se extenderá un nuevo asiento, en el que, ante todo se expresará la causa de la interrupcion. Al márgen de la inscripcion interrumpida y de la que sobre el mismo acto se haga despues se pondrán notas de referencia.

ORÍGENES

Art. 19 Ley Reg. civ.

Artículo 305.—Los interesados ó personas que como declarantes deban asistir á la formalizacion de un asiento, podrán hacerse representar en este acto; pero será necesaria la asistencia personal, ó que el apoderado lo sea en virtud de poder especial y auténtico en los casos en que las leyes y reglamentos así lo prescriban.

ORÍGENES

Art. 21 Ley Reg. civ.

COMENTARIO

Cuando los interesados, ó las personas que como declarantes deban asistir á la formalizacion de un asiento, no concurran personalmente al acto, se expresarán, ademas del nombre, apellido y demas circunstancias de aquéllos, las del representante ó apoderado que lo verifique en su nombre, en los términos prevenidos para los interesados y para los testigos.

Artículo 306.—Los funcionarios encargados del Registro civil y los que intervengan en las inscripciones como secretarios, no podrán autorizar aquellas que se refieran á sus personas ó á las de sus parientes ó afines en línea recta ó en la colateral hasta el segundo grado. Para estas inscripciones les reemplazarán los que deban sustituirlos en el desempeño de sus respectivos cargos.

ORÍGENES

Art. 22 Ley Reg. civ.

Artículo 307.—Las inscripciones podrán formalizarse en sitio distinto de la oficina en que se lleve el Registro, aunque siempre dentro del respectivo distrito, mediando para ello causa bastante á juicio del encargado de practicarlas ó en los casos que especialmente determine el Reglamento.

ORÍGENES

Art. 23 Ley Reg. civ.

Artículo 308.—Los agentes diplomáticos ó consulares de España en el extranjero remitirán á la Direccion general copia certificada de las inscripciones que hagan en sus Registros.

ORÍGENES

Art. 24 Ley Reg. civ.

Artículo 309.—La Direccion general reproducirá literalmente estas inscripciones en el Registro que en la misma debe llevarse, salvo los casos en que, conforme á las disposiciones de la ley, haya de remitir las certificaciones recibidas á los jueces municipales para su inscripcion en los Registros respectivos.

ORÍGENES

Art. 25 Ley Reg. civ.

Artículo 310.—Por las inscripciones ó

anotaciones que se hagan en el Registro civil no se podrá exigir retribucion alguna.

ORÍGENES

Art. 26 Ley Reg. civ.

Artículo 311. — Los documentos que se presenten para la extension de una partida en el Registro civil, deberán estar legalizados si proceden de punto situado fuera de la respectiva circunscripcion del tribunal del distrito. Esta legalizacion se hará por el tribunal del distrito de cuya circuncripcion procedan. Si procedieren del extranjero, se ejecutará de la manera que prescriban las leyes respecto á todos los documentos de igual procedencia.

ORÍGENES

Art. 27 Ley Reg. civ.

COMENTARIO

Respecto de lo prevenido en este articulo, la Direccion dictó en 29 de Diciembre de 1871 las siguientes reglas:

1.ª En las Secretarías de los juzgados de primera instancia se abrirá, desde que se reciba la presente circular, un cuaderno destinado á anotar las legalizaciones de los documentos á que se refieren los citados artículos de la ley y Reglamento.

2.ª Dicho cuaderno se formará con papel comun, sellado con el del juzgado, y constará del número de hojas que se consideren necesarias para uno ó más años. A la cabeza y como primer asiento, que firmarán el juez de primera instancia y el secretario, se expresará el objeto de aquel cuaderno y el número de folios que comprenda. Concluído el cuaderno se pondrá una diligencia análoga y se abrirá para lo sucesivo otro en idéntica forma.

3.ª Legalizado el documento, se pondrá en el cuaderno una breve nota rubricada por el secretario, expresiva de la legalizacion, clase del documento, interesados á que se refiera y funcionario que lo haya expedido. Los asientos serán correlativos y uno al pié de otro, sin claros entre los mismos. Por dicha nota no se devengarán derechos.

En 21 de Marzo de 1872 se dispuso en una Real órden:

1.º Los jueces de primera instancia deberán legalizar todos los documentos expedidos por cualquiera autoridad ó funcionario en ejercicio dentro del partido judicial cuando la persona que los presente para este objeto manifieste que han de surtir efecto en oficinas del Registro civil.

2.º Conforme el art. 26 del Reglamento de 13 de Diciembre de 1870, se usará la fórmula «Visto y legalizado por el tribunal,» añadiendo «para que pueda surtir efecto en las oficinas del Registro civil.»

3.º Si el juez de primera instancia dudare de la identidad de la firma y sello, deberá remitir el documento al juez municipal del término en que aparezca fechado, para que con devolucion informe acerca de su identidad, con cuyo requisito deberá ser legalizado el documento.

Por último, en circular de 14 de Mayo de 1872 se dictaron las siguientes disposiciones:

1.ª Cualquier persona que presente un documento para su legalizacion en el juzgado de primera instancia, deberá manifestar verbalmente ante el mismo que ha de surtir efecto en oficinas del Registro civil, no siendo preciso que se haga constar por escrito esta manifestacion.

2.ª Cuando el documento que se presente á legalizar aparezca fechado en la misma poblacion en que esté situado el juzgado de primera instancia y el juez dude de la identidad del sello ó firma del documento, no se remitirá éste á informe del juez municipal, debiendo el de primera instancia dirigirse de oficio al funcionario que lo haya expedido para cerciorarse de aquel extremo.

3.ª Que bajo ningun concepto se exijan por la legalizacion ni por las diligencias que se practiquen derechos á los interesados.

El art. 25 del Reglamento ordena que las legalizaciones de los tribunales de partido se extenderán á continuacion de cada documento con la siguiente fórmula: *Visto y legalizado por el Tribunal*. Se expresará en seguida la fecha y se firmará la diligencia por el secretario con el V.º B.º del presidente, sellándose con el del tribunal.

Cuando los documentos procedan del extranjero será requisito indispensable que su legalizacion venga hecha ó visada por la legacion, ó en su defecto por el consulado general de España en el pais en que hubiesen sido otorgados ó expedidos, sin perjuicio de las demas formalidades que correspondan.

Artículo 312. — Cuando los documentos presentados se hallen extendidos en idioma extranjero ó en dialecto del país, se acompañará á los mismos su traduccion en castellano, debiendo certificar de la exactitud de ella el tribunal ó funcionarios que los haya legalizado, ó el secretario de la Interpretacion de lenguas del Ministerio de Estado, ó cualquier otro funcionario que para ello esté competentemente autorizado.

ORÍGENES

Art. 28 Ley Reg. civ.

Artículo 313.—Los documentos á que hayan de referirse las inscripciones del Registro civil se rubricarán en todas sus fojas, en los respectivos casos, por el jefe del negociado de la Direccion general, ó por el secretario del juzgado municipal, ó por el canciller de la embajada ó consulado, y en su defecto, por el mismo embajador ó cónsul, y por la persona que los aduzca ó testigo que haya de firmar á su ruego la inscripcion.

ORÍGENES

Art. 29 Ley Reg. civ.

Artículo 314.—Los funcionarios encargados del Registro civil deberán facilitar á cualquier persona que lo solicite certificacion del asiento ó asientos que la misma designe, ó negativa si no los hubiere.

ORÍGENES

Art. 30 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 45 Cód. Francia.—362 Italia.

Artículo 315.—Estas certificaciones contendrán la copia literal del asiento designado con todas sus notas marginales y la fecha en que se expidan, debiendo estar autorizadas por el director general y el jefe del negociado respectivo las expedidas por este centro, y en otro caso por el encargado del Registro y el que haga las veces de secretario ó canciller, si lo hubiere, y con el sello del juez municipal ó dependencia en que el Registro radique.

ORÍGENES

Art. 31 Ley Reg. civ.

Artículo 316.—En igual forma podrán expedirse copias certificadas de los documentos presentados para hacer las inscripciones que en el Registro civil deben tener cabida.

ORÍGENES

Art. 32 Ley Reg. civ.

Artículo 317.—No se podrá dar certificacion de los asientos del Registro civil con referencia al segundo ejemplar del mismo, que debe archivarse definitivamente en la secretaría de los tribunales de primera instancia, sinó en los casos siguientes:

Primero. Cuando en el ejemplar existente en el juzgado municipal no se halle el asiento cuya copia se solicita.

Segundo. Cuando no estén conformes el asiento incluído en un ejemplar del Registro con el correspondiente en el otro ejemplar.

Tercero. Cuando se haya perdido ó destruído el ejemplar depositado en el juzgado municipal, aunque haya sido sustituído con la copia de que habla el art. 299 (11 de la ley).

ORÍGENES

Art. 33 Ley Reg. civ.

Artículo 318.—Las certificaciones expedidas de conformidad con lo prevenido en los artículos 314, 315 y 316 (1), serán considerados como documentos públicos (2).

ORÍGENES

Art. 34 Ley Reg. civ.

(1) 30, 31 y 32 de la Ley.

(2) Las demas disposiciones de la Ley que omitimos en el articulado, dicen así:

Art. 37 Por las certificaciones expedidas con referencia al Registro civil ó á los documentos presentados al hacerse en él las inscripciones ó anotaciones, ademas del importe del papel sellado que se invierta, se pagarán los derechos que en el Reglamento se fijen.

En el mismo se determinará tambien la forma y especie en que se haya de verificar el pago y el órden de contabilidad que se haya de seguir.

CAPÍTULO II

DE LAS PARTIDAS DE NACIMIENTO

Artículo 319.—Dentro del término de tres días, á contar desde aquel en que hubiere tenido lugar el nacimiento, deberá hacerse presentacion del recien nacido al funcionario encargado del Registro, quien procederá en el mismo acto á verificar la correspondiente inscripcion.

ORÍGENES

Art. 45 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 55 Cód. Francia.—371 Italia.—29 Holanda.

Art. 38 Al pié de las certificaciones libradas, se anotará el pago de los derechos devengados, ó la circunstancia de haberse expedido gratis, por estar legalmente declarado pobre el que las haya solicitado.

Art. 39 Con el producto de la recaudacion por dicho concepto, se atenderá á los gastos del personal de la Direccion general correspondiente al Registro civil é inspecciones y del material de una y otras.

El sobrante se distribuirá en la forma y proporciones que el Reglamento determine entre los funcionarios encargados de llevar el registro, y los que deban auxiliarles como secretarios, salvo lo dispuesto ó lo que se disponga respecto á las embajadas y consulados.

Art. 40 La inspeccion superior del Registro civil corresponderá exclusivamente al Ministerio de Gracia y Justicia, ejerciéndola bajo su inmediata dependencia la Direccion general en la forma que en el Reglamento se disponga.

Art. 41 Serán Inspectores ordinarios del Registro civil los Presidentes de los tribunales de distrito, y estarán obligados en tal concepto á girar una visita cada seis meses, y los demas que creyeren convenientes á todos los registros municipales de su circunscripcion.

Los Inspectores podrán delegar algun acto de su cargo en cualquier funcionario del órden judicial y del ministerio fiscal del mismo distrito.

Art. 42 El ministro de Gracia y Justicia estará facultado para nombrar Inspectores extraordinarios de uno ó más registros, los cuales gozarán la retribucion que se les fije en el Reglamento.

Art. 43 Los Inspectores, así ordinarios como extraordinarios, podrán corregir disciplinariamente las faltas cometidas por los funcionarios encargados del Registro, con una multa que no exceda de 100 pesetas, segun prescribe el Reglamento.

Si la falta cometida pudiera ser calificada de delito, la pondrán inmediatamente en conocimiento del Tribunal competente, para que proceda á lo que legalmente corresponda.

Art. 44 Los ayuntamientos incluirán en sus presupuestos y abonarán al Tesoro, el importe de los libros correspondientes á su término, que les remitirá la Direccion.

COMENTARIO

El término de tres días señalado en la Ley para la presentacion del niño al funcionario encargado del Registro, empezará á correr desde las doce de la noche de aquel en que hubiese nacido, ó en que hubiese sido hallado si fuese expósito.

Cuando ocurrieren avenidas, fuertes nevadas ú otras causas de fuerza mayor que impidan ó dificulten mucho la comunicacion del punto donde hubiere nacido el niño con aquel en que esté situado el Registro, el referido término se entenderá prorogado por todo el que durasen dichos obstáculos.

Tambien se considera fuerza mayor la circunstancia de haber tenido lugar el nacimiento en un sitio distante más de dos kilómetros de la poblacion donde esté situado el Registro, entendiéndose en tal caso prorogado el plazo por el término necesario, sin que éste pueda exceder por dicha distancia de ocho días (O. 1.° Marzo 1871).

Siempre que un niño fuere presentado despues del término expresado en el artículo precedente, el encargado del Registro rehusará la inscripcion de su nacimiento; pero los interesados ó el ministerio fiscal podrán pedir al tribunal competente que ordene dicha inscripcion; y cuando así se dispusiere por sentencia firme, se efectuará aquélla, haciendo mencion en el acta de la referida sentencia judicial.

Si por algun motivo se dejare trascurrir el tiempo que la ley marca para hacer la inscripcion del recien nacido, se presentará solicitud pidiendo la inscripcion, exponiendo las causas de no haberla hecho en tiempo oportuno, y ofreciendo informacion acerca del lugar, día y hora del nacimiento y de la filiacion del recien nacido.

Se observará para la instruccion del expediente lo dispuesto en los artículos 1359, 1360, 1361 y 1362 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

De este expediente se dará vista al promotor

fiscal para que emita el dictámen que estime oportuno.

En vista de todo, el juez dictará sentencia ordenando ó denegando la inscripcion.

Trascurrido el término ordinario para conceptuar firme la sentencia, y mandándose en ésta verificar la inscripcion, se expedirá testimonio de aquélla, remitiéndose al juez municipal correspondiente en conformidad y para los efectos del art. 32 del Reglamento para la ejecucion de las leyes de Matrimonio y Registro civil.

Antes de proceder á la referida inscripcion se hará constar por certificacion del facultativo que haya asistido al parto, el dia y hora del nacimiento del presentado. Cuando no fuese posible obtener este documento, podrá suplirse por declaraciones de los testigos que hubieren presenciado aquel acto ó tengan noticia exacta del mismo, recibiéndose al efecto la oportuna informacion que ha de practicarse con citacion del fiscal municipal.

En el caso de presentarse oposicion por las partes interesadas ó por el fiscal, el encargado del Registro remitirá el expediente al juez de primera instancia del partido, para que en su vista, y con arreglo á lo establecido en el artículo 32 del Reglamento, decida lo que corresponda. La providencia que dictare será definitiva, quedando á salvo á los interesados el derecho de reclamar en el correspondiente juicio contra esta decision.

Los Fiscales municipales denunciarán los nacimientos no inscritos, incoando al efecto los expedientes necesarios, que se tramitarán en la forma que establecen los artículos anteriores. Dichos expedientes se seguirán en papel de oficio, no pudiendo exigir derecho alguno los funcionarios del Registro que en ellos intervengan.

Quedan exceptuados de la multa á que se refiere el art. 65 de la Ley los que presentasen niños nacidos despues de promulgada la Constitucion de 1869 y ántes de abierto el Registro civil.

Cuando se presenten al Registro niños abandonados, mayores al parecer de tres años de edad, ó personas adultas, cuyo orígen y filiacion sean completamente desconocidas, no podrán ser inscritos sinó en virtud de sentencia judicial, recibiéndoseles desde luégo una breve informacion de notoriedad, cuya diligencia habrá de practicarse ante el encargado del Registro donde haya de verificarse la inscripcion, citándose al Fiscal municipal y levantándose un acta duplicada en la que se resuman las circunstancias más esenciales. Uno de los ejemplares de esta acta se archivará en el Registro despues de trascribirse al libro respectivo, remitiéndose el otro al Promotor fiscal para que en su vista promueva el oportuno expediente con arreglo á lo establecido en el art. 32 del Reglamento. (O. de 1.º Mayo 1873).

Artículo 320.—Si hubiere temor de daño para la salud del recien nacido, ú otra causa racional bastante que impida su presentacion en el término fijado en el artículo anterior, el funcionario encargado del Registro se trasladará al sitio donde el niño se halle para cerciorarse de su existencia, recibir la declaracion de las circunstancias que deben expresarse en el Registro y ejercitar la inscripcion.

ORÍGENES

Art. 46. Ley Reg. civ.

COMENTARIO

Para que el encargado del Registro deba considerarse obligado á trasladarse al punto donde el niño se halle por temor de daño para la salud del mismo, deberá justificarse este peligro con certificacion de facultativo competente, siempre que dicho funcionario lo exija.

Artículo 321.—Están obligados á hacer la presentacion y declaracion que se expresarán en los artículos sucesivos de esta ley, las personas siguientes por el órden en que se mencionan:

Primero. El padre.

Segundo. La madre.

Tercero. El pariente más próximo, siendo mayor de edad, de los que se hubiesen hallado en el lugar del alumbramiento al tiempo de verificarse.

Cuarto. El Facultativo ó partera que haya asistido al parto, ó en su defecto cualquier otra persona que lo haya presenciado.

Quinto. El jefe del establecimiento público ó el cabeza de la casa en que el nacimiento haya ocurrido, si éste se efectuase en sitio distinto de la habitacion de los padres.

Sexto. Respecto á los recien nacidos abandonados, la persona que los haya recogido.

Séptimo. Respecto á los expósitos, el cabeza de familia de la casa ó el jefe del establecimiento dentro de cuyo recinto haya tenido lugar la exposicion.

ORÍGENES

Art. 47. Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 56 Cód. Francia.—2460 Portugal.—373 Italia.—31 Holanda.

Artículo 322.—La inscripcion del nacimiento en el Registro civil expresará las circunstancias mencionadas en el art. 20, y ademas las siguientes:

Primero. El acto de la presentacion del niño.

Segundo. El nombre, apellido, edad, naturaleza, domicilio y profesion ú oficio de la persona que lo presenta y relacion de parentesco ú otro motivo por el cual esté obligado, segun el artículo anterior, á presentarlo.

Tercero. La hora, día, mes y año y lugar del nacimiento.

Cuarto. El sexo del recien nacido.

Quinto. El nombre que se le haya puesto ó se le haya de poner.

Sexto. Los nombres, apellidos, naturaleza y domicilio y profesion ú oficio de los padres y de los abuelos paternos y maternos si pudiesen legalmente ser designados, y su nacionalidad si fuesen extranjeros.

Séptimo. La legitimidad ó ilegitimidad del recien nacido si fuere conocida; pero sin expresar la clase de ésta, á no ser la de los hijos legalmente denominados naturales.

ORÍGENES

Art. 48 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 57 Cód. Francia.—2463 Portugal.—374 Italia.—31 Holanda.

COMENTARIO

Para hacer la inscripcion de nacimientos, ademas de lo dispuesto en este artículo, se tendrán en cuenta las reglas siguientes:

1.ª Para expresar la edad, naturaleza, domicilio y profesion ú oficio de las personas mencionadas en los números 2.° y 6.° de este artículo se tendrá presente lo dispuesto en el art. 21 del Reglamento.

2.ª Para expresar el sexo del recien nacido, se usará de las palabras «un niño,» si es varon, y si fuese hembra, «una niña.»

3.ª Cuando el recien nacido no tuviere ya nombre puesto, el declarante que hiciere su presentacion manifestará cuál se le ha de poner; pero el encargado del Registro no consentirá que se pongan nombres extravagantes ó impropios de personas, ni que se conviertan en nombres los apellidos.

Cuando el niño no tenga padres conocidos, el encargado del Registro le pondrá un nombre y un apellido usuales, que no revelen ni indiquen aquella circunstancia.

Si el niño fuere expósito, y entre los objetos hallados con él hubiere algun escrito que indique su nombre y apellido, ó el deseo de que lleve algunos determinados, se respetará la indicacion si no fuese inconveniente.

4.ª Cuando se presentaren dos niños gemelos se hará una inscripcion para cada uno de ellos, indicando con precision y exactitud la hora del nacimiento de cada uno, si fuere conocida; si no lo fuere, se expresará así en la inscripcion.

5.ª No se expresarán en las actas de nacimiento, respecto de las personas que en ellas deben ser nombradas, títulos o distinciones cuya posesion legal no conste ó no se justifique competentemente en el acto.

En cuanto á la circunstancia de legitimidad del niño, téngase en cuenta lo dispuesto por decreto de 22 de Enero de 1875 en que se ordena:

1.° Los hijos procedentes de matrimonio exclusivamente canónico, cuya inscripcion en el Registro civil fuere competentemente solicitada, serán inscritos como hijos legítimos siempre que se haga constar legalmente el matrimonio de sus padres.

2.° Para verificar la inscripcion á que se refiere el artículo precedente bastará, sin embargo, la declaracion de cualquiera de las personas mencionadas en el art. 47 de la Ley de Registro civil; pero dicha inscripcion tendrá el carácter de provisional hasta que los interesados presenten la partida de matrimonio de sus padres.

Este documento deberá anotarse y archivarse en la forma que determinen los Reglamentos.

3.° Los hijos de matrimonio exclusivamente canónicos inscritos hasta el día como hijos naturales, se incribirán desde luégo á instancia de parte como legítimos, rectificándose para este efecto los asientos que de ellos se hayan verificado.

Esta rectificacion podrá solicitarse en el término de un año por los padres y demas personas señaladas en el art. 47 de la referida Ley (328 de este Cód.) mediante la presentacion de la fe de bautismo del hijo inscrito como natural.

Una instruccion especial determinará la forma en que deberá anotarse y archivarse este documento y rectificar las inscripciones de que se trata cuando los interesados hayan dejado trascurrir el término señalado para hacerlas.

4.° Los hijos de matrimonio canónico con posterioridad á la fecha en que empezó á regir la vigente Ley que no hubieren sido inscritos en el Registro, se inscribirán como legítimos en la forma que determinan las anteriores disposiciones, quedando libres de toda responsabilidad pecuniaria los padres ó encargados que pidieron su inscripcion en el término señalado en el artículo anterior.

5.° Los hijos á que se refieren los artículos precedentes no necesitarán ser presentados al Registro cuando la persona llamada por la Ley á hacer su presentacion exhiba la correspondiente fe de bautismo.

6.° Serán considerados para todos los efectos civiles como hijos legítimos desde el día de su nacimiento los de matrimonio exclusivamente canónico que en virtud de lo que se dispone en este Decreto obtengan su inscripcion en el Registro civil con aquella calidad.

Y en circular de 30 de Enero de 1875 se dictaron las siguientes reglas:

1.ª La inscripcion de los hijos habidos de matrimonio canónico se practicará con arreglo á lo prevenido para todas las de su clase, expresándose la legitimidad del inscrito y haciendo constar en el acta la presentacion de la partida de matrimonio de los padres, ó en otro caso el carácter provisional de la inscripcion.

Para convertir ésta en definitiva bastará una nota marginal expresiva de haberse acompañado aquel documento y de hallarse archivado con el número y el legajo correspondiente. Esta nota estará firmada por el juez y secretario y contendrá tambien la indicacion de la persona que presentó la partida ó de haberse recibido en comunicacion oficial.

2.ª Para cumplir lo establecido en la regla 3.ª se pondrá á cada una de las inscripciones de que se trata la correspondiente nota marginal en la forma que establece el art. 35 del Reglamento. En esta diligencia se expresarán el nombre del interesado que haya solicitado la rectificacion, los documentos acompañados para verificarla y el número y legajo donde queden archivados.

3.ª Cuando los interesados no presentaren la partida ó partidas necesarias para que tenga lugar lo dispuesto en las reglas anteriores, los jueces municipales las reclamarán de oficio en los términos que previene el art. 25 del Reglamento, siendo responsables de los perjuícios que se irroguen por su negligencia ó falta de cumplimiento de cuanto en dicho artículo se previene.

4.ª Las inscripciones á que se refieren los artículos 4.° y 5.° se practicarán en la forma ordinaria, previos los requisitos que determina el art. 32 del Reglamento y sin exaccion de derechos á los interesados por ninguna de las diligencias que se practiquen para cumplir lo establecido en la presente instruccion.

Artículo 323.—Respecto á los recien nacidos abandonados ó expósitos, en vez de las circunstancias números 3.°, 6.° y 7.° del artículo anterior, se expresarán:

Primero. La hora, día, mes, año y lugar en que el niño hubiere sido hallado ó expuesto.

Segundo. Su edad aparente.

Tercero. Las señas particulares y defectos de conformacion que le distingan.

Cuarto. Los documentos ú objetos que sobre él ó á su inmediacion se hubiesen encontrado, vestidos ó ropas en que estuviese envuelto y demas circunstancias cuya memoria sea útil conservar para la futura identificacion de su persona.

ORÍGENES

Art. 49 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 58 Cód. Francia.—377 Italia.—2461 Portugal.—33 Holanda.

Artículo 324.—Los objetos encontrados

con el niño expósito ó abandonado, si fueren documentos, se encarpetarán y archivarán en la forma dicha en el art. 313 (29 de la ley); y si fueren objetos de otra clase, pero de fácil conservacion, se custodiarán tambien en el mismo archivo que aquéllos, marcándolos de la manera conveniente para que en todo tiempo puedan ser reconocidos.

ORÍGENES

Art. 50 Ley Reg. civ.

Artículo 325.—Respecto á los recien nacidos de orígen ilegítimo, no se expresará en el Registro quiénes sean el padre ni los abuelos paternos, á no ser que el mismo padre, por sí ó por medio de apoderado con poder especial y auténtico, haga la presentacion del niño y la declaracion de su paternidad.

Lo mismo se observará en cuanto á la expresion del nombre de la madre y de los abuelos maternos.

ORÍGENES

Art. 51 Ley Reg. civ.

Artículo 326.—Habiendo nacido el niño de constante matrimonio ó en tiempo en que legalmente deba reputarse nacido dentro de él, no puede expresarse en el Registro civil declaracion alguna contraria á su legitimidad miéntras no lo disponga el tribunal competente en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

ORÍGENES

Art. 52 Ley Reg. civ.

Artículo 327.—Si se presentare al encargado del Registro un cadáver de un recien nacido, manifestándose que la muerte ha ocurrido poco despues del nacimiento, se hará constar por declaracion verbal de facultativo si aquél ha fallecido ántes ó despues de nacer, y por declaracion de los interesados la hora del nacimiento, é inmediatamente se inscribirá la defuncion en el libro de la seccion correspondiente del Registro civil.

ORÍGENES

Art. 53 Ley Reg. civ.

Artículo 328.—Cuando el nacimiento tuviese lugar en un lazareto, dentro de las veinticuatro horas, el jefe del establecimiento, en presencia del padre, si se hallase en el mismo, y de dos testigos, formalizará por duplicado un acta en que se expresen todas las circunstancias que segun esta ley deben mencionarse en los asientos del Registro civil.

Un ejemplar de esta acta se remitirá inmediatamente al juez municipal del distrito en que el lazareto se halle situado para que verifique su inscripcion en el Registro de que esté encargado. El otro ejemplar quedará archivado en el establecimiento.

ORÍGENES

Art. 54 Ley Reg. civ.

Artículo 329.—Si el nacimiento se verificase en buque nacional durante su viaje, el Contador, si el buque es de guerra, ó el Capitan ó Patron si es mercante, formalizará el acta de que habla el artículo anterior, insertando copia de ella en el diario de la navegacion.

ORÍGENES

Art. 55 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 59 Cód. Francia.—380 Italia.—2471 Portugal.—34 Holanda.

Artículo 330.—En el primer puerto que el buque tocare, si está en territorio español, se entregarán los dos ejemplares del acta por el oficial que la haya levantado á la autoridad judicial superior del mismo punto, quien hará constar la entrega por diligencia ante el Notario público, testimoniándose aquélla literalmente. Inmediatamente se remitirán á la Direccion general por distintos correos los dos ejemplares del acta original para que practique en su Registro la inscripcion correspondiente si ninguno de los padres del recien nacido tuviere domicilio conocido en

España, y en otro caso remitirá una de ellas al juez municipal del domicilio para que haga la inscripcion, quedando archivado el otro ejemplar en la Direccion. El acta de entrega se depositará en el archivo del tribunal que la haya mandado extender.

Si ántes de tocar el buque en puerto español tocare en puerto extranjero, donde haya agente diplomático ó consular de España, se entregará á éste uno de los ejemplares del acta de que habla el artículo anterior para que ejecute lo dispuesto en el mismo. El otro ejemplar se entregará con igual objeto en el primer puerto español en que despues toque el buque, á la autoridad judicial superior, segun lo determina el artículo citado.

ORÍGENES

Art. 56 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 60 Cód. Francia.—381 Italia.—2472 Portugal.

Artículo 331.—Cuando no exista agente español en dicho puerto extranjero, el Contador ó Capitan del buque, en su caso, reservarán en su poder los dos ejemplares del acta, y al llegar á puerto donde lo haya ó á otro español, practicarán lo ordenado en el artículo anterior.

ORÍGENES

Art. 57 Ley Reg. civ.

Artículo 332.—Aunque el nacimiento de los hijos de españoles en el extranjero haya sido inscrito conforme á las leyes que estén allí en vigor, los padres deberán hacer tambien que se inscriba en el Registro del agente diplomático ó consular de España del punto más próximo al de su residencia, presentando para este objeto al recien nacido ante este funcionario, si fuese posible, ó remitiendo al mismo dos copias auténticas de la inscripcion ya hecha. A su vez el agente español, practicada la inscripcion en su Registro, remitirá á la Direccion general una de dichas copias ó de la inscripcion que hubiere practicado al presentársele el recien nacido para que asimismo la inscriba en su Registro respectivo si los padres no tuviesen domicilio conocido en España, ó para que en otro caso se remita al juez municipal correspondiente.

ORÍGENES

Art. 58 Ley Reg. civ.

Artículo 333.—El nacimiento de los hijos de militares se inscribirá en el Registro del punto en que residan; y si hubiere tenido lugar en el extranjero, donde los padres se hallaren con motivo de guerra, se formalizará un acta como la prescrita en los artículos 328 y 329 (54 y 55 de la ley) por el jefe del cuerpo á que el padre pertenezca, remitiéndose sucesivamente por el conducto más seguro los dos ejemplares al Ministerio de la Guerra para que en él quede uno archivado y se pase el otro á la Direccion general del Registro con el objeto de que formalice la correspondiente inscripcion.

ORÍGENES

Art. 59 Ley Reg. civ.

Artículo 334.—Al márgen de las partidas de nacimiento se anotarán sucintamente en uno de los dos libros ejemplares, que habrá de ser el que haya de archivarse en la misma oficina del Registro, los actos siguientes concernientes á las personas á quienes aquéllos se refieran:

Primero. Las legitimaciones.

Segundo. Los reconocimientos de hijos naturales.

Tercero. Las ejecutorias sobre filiacion.

Cuarto. Las adopciones.

Quinto. Los matrimonios.

Sexto. Las ejecutorias de divorcio, sin expresar la causa que lo hubiere motivado.

Séptimo. Las en que se declare la nulidad del matrimonio.

Octavo. Las interdicciones de bienes por efecto de la imposicion de pena.

Noveno. Los discernimientos de tutela y de toda especie de curatelas.

Décimo. Las remociones de estos cargos.

Undécimo. Las emancipaciones voluntarias ó forzosas.

Duodécimo. Las naturalizaciones en el caso del art. 325 (51 de la ley).

Décimotercero. Las dispensas de edad.

Décimocuarto. Y en general todos los actos jurídicos que modifiquen el estado civil del ciudadano y no deban ser objeto de inscripcion principal, segun las disposiciones de la ley.

ORÍGENES

Art. 60 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 62 Cód. Francia.—382 Italia.—2469 Portugal.—38 Holanda.

COMENTARIO

Para hacer las anotaciones marginales á que se refiere este artículo, ademas de las prescripciones que el mismo establece, se observarán las siguientes:

1.ª Las anotaciones se harán inmediatamente despues de ser presentados al encargado del Registro por los interesados, ú otro en su nombre, los documentos fehacientes que den lugar á aquéllas ó de recibir los testimonios, ejecutorias ó decretos expresados en dichos artículos de la ley, siempre que se hallen revestidos de todos los requisitos necesarios para su validez y autenticidad.

2.ª Cuando á los documentos presentados ó remitidos para las anotaciones faltare algun requisito indispensable para su validez ó autenticidad, el encargado del Registro se abstendrá de hacer la anotacion y lo devolverá á quien se lo haya entregado ó remitido, expresando el defecto ó defectos de que adoleciere, para que sean subsanados segun corresponda.

3.ª Si los interesados ó funcionarios respectivos no reconociesen la necesidad de subsanar los defectos á que se refiere la regla anterior y el encargado del Registro persistiere en su opinion, consultará el caso con el presidente del tribunal de partido (1), quien resolverá con audiencia del fiscal lo que estime procedente. Las resoluciones de los encargados del Registro en estos casos se entenderán sin perjuicio del derecho de que se crean asistidos los interesados, quienes lo podrán ejercitar en forma ante los tribunales.

4.ª Cuando no estuviere inscrito en el Registro civil el nacimiento de la persona á quien se refiere cualquiera de las anotaciones que deban practicarse, se empezará por hacer un asiento en el Registro de nacimientos, copiando literalmente la certificacion en que conste el del interesado, expresando en seguida que esta inscripcion se hace para el solo objeto de poder practicar la anotacion, y concluyendo con la hecha del asiento.

Acto contínuo se hará la anotacion marginal en debida forma, firmándose y sellándose igualmente que la trascripcion en los términos prevenidos para todos los asientos del Registro, en el cual se conservará la certificacion de nacimiento que se haya presentado y copiado.

5.ª Las anotaciones se escribirán en caractéres diminutos, aunque claros, á fin de que, no siendo en casos muy excepcionales, puedan consignarse todas las concernientes á cada interesado al márgen de su partida de nacimiento.

6.ª Si en algun caso resultase insuficiente dicho espacio, se continuará la anotacion en el mismo libro á continuacion de la última acta que en él se haya extendido, haciendo la correspondiente referencia al fin del asiento marginal que haya quedado incompleto, en estos términos: «Pasa al folio T.;» y en éste se encabezará la continuacion con la siguiente advertencia: «Continúa la anotacion marginal que empieza en el folio T.» Terminada ésta y puestas en ellas las firmas y el sello correspondiense, se seguirán extendiendo las actas por su órden.

(1) Hoy juez de primera instancia.

Artículo 335.—Cuando los actos mencionados en el artículo anterior constaren por documento otorgado ante notario público, éste deberá ponerlo en conocimiento del juez municipal en cuyo Registro se hallare inscrito el nacimiento del interesado, ó de la Direccion general en su caso, para que haga la correspondiente anotacion marginal, remitiéndole en efecto testimonio en relacion del documento otorgado.

Si dichos actos constaren por ejecutoria ó decreto de la Administracion superior del Estado, ó por inscripcion hecha en el Registro civil, cumplirán la obligacion impuesta en el párrafo anterior el tribunal ó autoridad administrativa que hubiese dictado la sentencia ó decreto que se deban anotar, ó el encargado del Registro que hubiese for-

malizado dicha inscripcion, debiéndose siempre acompañar al aviso la oportuna certificacion ó testimonio á que la anotacion se haya de referir.

ORÍGENES

Art. 61 Ley Reg. civ.

Artículo 336.—El encargado del Registro á quien se dirijan estos documentos estará obligado á acusar inmediatamente el recibo.

ORÍGENES

Art. 62 Ley Reg. civ.

Artículo 337.—La falta de cumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores se castigará con una multa de 10 á 100 pesetas.

ORÍGENES

Art. 63 Ley Reg. civ.

Artículo 338.—Los cambios de nombre ó de apellido se autorizarán por el Ministerio de Gracia y Justicia, previa consulta del Consejo de Estado, y oyendo á las personas á quienes puedan interesar, para lo cual se anunciarán en los periódicos oficiales las solicitudes que al efecto se hagan.

Estas autorizaciones tambien se anotarán al márgen de la partida de nacimiento del interesado, observándose lo prescrito en los artículos 320 y 319 (45 y 47 de la ley).

ORÍGENES

Art. 64 Ley Reg. civ.

COMENTARIO

Para obtener la autorizacion del Gobierno á que se refiere este artículo, deberá presentar el interesado una solicitud al presidente del tribunal de partido de su domicilio ó última residencia, exponiendo los motivos de su pretension y formulándola debidamente. A esta solicitud deberá acompañarse el certificado de nacimiento del interesado, y los documentos que en su apoyo estime conveniente presentar.

Recibida la solicitud, se dispondrá que por cuenta del interesado se publique un extracto de la misma en la *Gaceta* de Madrid y *Boletin oficial* de la provincia á que pertenezca el pueblo de la naturaleza, domicilio y última residencia del solicitante, á fin de que formulen oposicion los que se crean con derecho á ello, en el término de tres meses. Trascurrido este término se unen al expediente los escritos de oposicion, si los hubiere, con todos los demas que sean necesarios, y con el dictámen del fiscal y el informe del juez se remite al Ministerio de Gracia y Justicia.

La resolucion se dicta por Real Orden, á propuesta de la Direccion general del ramo.

Cuando hubiere oposicion se oye previamente á la seccion de Estado y Gracia y Justicia del Consejo de Estado.

Miéntras no se verifique la anotacion marginal de que habla este artículo, no producirán efecto alguno la Real Orden ó la sentencia en que se conceda el cambio, adicion ó modificacion del nombre ó apellido.

Artículo 339.—Los obligados segun el artículo 321 (47 de la ley) á presentar al encargado del Registro el recien nacido que no lo hicieren sin justa causa, incurrirán en la multa de 5 á 10 pesetas, y del doble en caso de reincidencia.

Los encargados del Registro, en sus respectivos casos, vigilarán constantemente para que la presentacion tenga efecto, y exigirán las multas prevenidas en el párrafo anterior.

ORÍGENES

Art. 65 Ley Reg. civ.

COMENTARIO

La multa impuesta por este artículo á los que debiendo presentar al niño recien nacido al encargado del Registro no cumplan esta obligacion, se entenderá y exigirá como correccion disciplinaria, sin perjuicio de imponer á aquéllos las demas penas y responsabilidades que, como reos de desobediencia á la autoridad, les sean aplicables conforme al art. 265 del Código penal.

CAPÍTULO III

DE LAS PARTIDAS DE MATRIMONIO

Artículo 340.—Los que contraigan matrimonio canónico solicitarán su inscripcion en el Registro civil, presentando la partida del párroco que lo acredite (*a*).

La inscripcion se verificará trascribiendo literalmente la partida sacramental, y haciendo constar ademas certificado de no constar en el Registro antecedente alguno que impida verificar la trascripcion (*b*).

ORIGENES

(*a*) Decreto 9 Febrero 1875.
(*b*) Instruccion 19 Febrero 1875 para la ejecucion del decreto anterior.

COMENTARIO

La inscripcion del matrimonio canónico se verificará á solicitud verbal de los interesados, presentando la partida sacramental que lo justifique en el Registro civil del lugar ó distrito á que corresponda la parroquia en que aquél se haya celebrado.

Los matrimonios celebrados en el extranjero por dos españoles, ó por un español que quiera conservar su nacionalidad y un extranjero, se inscribirán en el Registro civil del agente diplomático ó consular español del lugar en que se hubieren celebrado, y no habiéndolo, en el del más próximo, cuyos funcionarios cumplirán ademas con lo dispuesto en el art. 70 de la ley de Registro civil.

Podrán solicitar la inscripcion del matrimonio canónico los cónyuges y sus padres ó tutores, por sí ó por medio de mandatarios, aunque el mandato sea verbal.

Se entenderá solicitada la inscripcion del matrimonio por el hecho de la presentacion en el Registro de la partida sacramental dentro del plazo legal, aunque no se formule pretension alguna.

Verificada la trascripcion de la partida sacramental, el encargado del Registro deberá ponerlo en conocimiento de los jueces municipales en cuyo Registro estuviere inscrito el nacimiento de los contrayentes, en el modo y para los efectos prevenidos en los arts. 60, 61 y 74 de la ley del Registro civil.

Cuando del Registro resultaren circunstancias ó declaraciones que contradigan ó alteren de un modo sustancial el resultado de la partida que se presente, las cuales no puedan rectificarse por las declaraciones, documentos ó justificaciones que se acompañen á las mismas, el juez municipal suspenderá la inscripcion, dando conocimiento á los interesados, y devolverá la partida por conducto de la persona que la hubiere presentado al párroco respectivo, dirigiéndole un atento oficio en que exprese las dificultades que ofrezca la inscripcion.

Cuando estas dificultades no afecten á la validez del matrimonio, podrá el juez, si los interesados lo reclaman, hacer una inscripcion provisional que deberá rectificarse previas las declaraciones ó justificaciones á que se refiere el párrafo anterior.

Lo mismo se observará cuando las partidas presentadas contengan equivocaciones, errores ú omisiones importantes.

Para el más fácil cumplimiento de las disposiciones contenidas en la instruccion, se procurará que las partidas de matrimonio contengan al ménos las disposiciones siguientes:

1.ª El lugar, día, mes y año en que se efectuó el matrimonio.

2.ª El nombre y carácter eclesiástico del sacerdote que lo hubiese celebrado.

3.ª Los nombres, apellidos, edad, estado, naturaleza, profesion ú oficio y domicilio de los contrayentes.

4.ª Los nombres, apellidos y naturaleza de los padres.

5.ª Los nombres, apellidos y vecindad de los testigos.

6.ª Expresion de si los contrayentes son hijos legítimos, cuando lo fueren.

7.ª Igual expresion del poder que autorice la representacion del contrayente que no concurra personalmente á la celebracien del matrimonio, y del nombre y apellidos, edad, natura-

leza, domicilio y profesion ú oficio del apoderado.

8.ª La circunstancia en su caso de haberse celebrado el matrimonio *in artículo mortis*.

9.ª La de haber obtenido el consentimiento ó solicitado el consejo exigido por la ley, tratándose de hijos de familia y de menores de edad.

10 El nombre y apellido del cónyuge premuerto, fecha y lugar de su fallecimiento en el caso de ser viudo uno de los contrayentes.

De las ejecutorias dictadas por los tribunales eclesiásticos declarando el divorcio ó la nulidad del matrimonio canónico se dará conocimiento á los encargados de los Registros en que estuviere inscrito el nacimiento de los contrayentes para que dichos funcionarios cumplan con lo dispuesto en los arts. 335, 336 y 350 (61, 62 y 74 de la ley).

Artículo 341.—La partida sacramental del matrimonio hará plena prueba del mismo despues que haya sido inscrito en el Registro civil.

No podrán admitirse en los juzgados ó tribunales, ni en los consejos y oficinas del Estado, las partidas de matrimonios canónicos que carezcan del requisito de la trascripcion al Registro en la forma que el anterior artículo determina.

ORÍGENES

Art. 4.º Decreto 9 Febrero 1875.
Art. 3.º Decreto 17 Febrero 1879.

Artículo 342.—Inmediatamente despues de la celebracion del matrimonio civil se procederá á su inscripcion en la respectiva seccion del Registro civil, extendiendo en sus libros el acta á que se refiere el artículo 96 (39 de la ley del Matrimonio civil), la cual firmarán todas las personas que allí se expresan.

ORÍGENES

Art. 66 Ley Reg. civ.

Artículo 343.—En el asiento del Registro referente á un matrimonio, ademas de las circunstancias mencionadas en el art. 284 (20 de la ley), debe hacerse expresion:

Primero. Del Registro en que se hubiese inscrito el nacimiento de los contrayentes y fecha de su inscripcion.

Segundo. De los nombres, apellidos, naturaleza, estado, profesion ú oficio y domicilio de los padres y de los abuelos paternos y maternos, si son legalmente conocidos.

Tercero. Si los contrayentes son hijos legítimos ó ilegítimos; pero sin expresar otra clase de ilegitimidad que la de si son hijos, propiamente dicho, naturales, ó si son expósitos.

Cuarto. Del poder que autorice la representacion del contrayente que no concurra personalmente á la celebracion del matrimonio, y del nombre y apellido, edad, naturaleza, domicilio y profesion ú oficio del apoderado.

Quinto. De las publicaciones previas exigidas por la ley, ó de la circunstancia de no haber tenido lugar por haberse celebrado el matrimonio *in artículo mortis*, ó por haber sido dispensadas, mencionándose en este caso la fecha de la dispensa y autoridad que la haya concedido.

Sexto. De la justificacion de libertad, tratándose de matrimonio de extranjeros ó del de militares, si á éste no hubiesen precedido publicaciones.

Séptimo. Del hecho de no constar la existencia de impedimento alguno, ó en el caso de que conste ó de haber sido denunciado, de la dispensa del mismo y fecha de ella, ó de la desestimacion de la denuncia pronunciada por tribunal competente.

Octavo. De la licencia ó de la solicitud de consejo exigida por la ley, tratándose de hijos de familia y de menores de edad.

Noveno. De los nombres de los hijos naturales que por el matrimonio se legitiman y que los contrayentes hayan manifestado haber tenido.

Décimo. Del nombre y apellido del cónyuge premuerto, fecha y lugar de su fallecimiento y Registro en que éste se hubiese inscrito, en el caso de ser viudo uno de los contrayentes.

Undécimo. De la lectura que se haya hecho á los contrayentes de los artículos de la Ley sobre Matrimonios, de que especialmente deben ser enterados con arreglo á la misma, en el acto de la celebracion.

Duodécimo. De la declaracion de los con-

trayentes de recibirse mutuamente por esposos, y de la pronunciada por el juez municipal de quedar unidos en matrimonio perpetuo é indisoluble.

Décimotercero. De la circunstancia de haber precedido ó no el matrimonio religioso, y en caso afirmativo de la fecha y lugar de su celebracion.

ORÍGENES

Art. 67 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 76 Cód. Francia.—2478 Portugal. — 383 Italia. — 42 Holanda. — 483 Prusia.

COMENTARIO

Este artículo y los siguientes son aplicables únicamente á los matrimonios civiles, pues de los canónicos nos hemos ocupado en los artículos primeros de este capítulo.

Para el cumplimiento de lo prevenido en este artículo, se tendrán presentes las siguientes reglas:

1.ª Si el nacimiento de los contrayentes ó de alguno de ellos, á que se refiere el núm. 1.° de este artículo, no estuviese inscrito en el Registro civil, ni tampoco resultase en ningun libro parroquial, en el caso de haber sido el nacimiento anterior al planteamiento de esta ley, se hará mencion de las diligencias que se hayan practicado para suplir aquella falta, y de la providencia judicial que en su vista haya fijado el lugar y fecha del referido nacimiento.

2.ª Para expresar la naturaleza, edad, profesion ú oficio y domicilio de los contrayentes y de las personas mencionadas en los núms. 2.° y 4.° de este mismo artículo, se observará lo dispuesto en el 21 del Reglamento.

3.ª Si los contrayentes ó alguno de ellos fuere sordo-mudo ó no entendieren el castellano, se hará mencion en el acta de haber expresado su consentimiento por medio de signos que no den lugar á duda acerca del mismo, en el primer caso, y por medio de intérprete nombrado al efecto por el juez, en el segundo.

4.ª Si los contrayentes ó alguno de ellos necesitare consejo favorable para el matrimonio, y los que deban prestarlo hubiesen concurrido á la celebracion del mismo y manifestado en el acto su conformidad, se hará constar esta circunstancia firmando aquéllos el acta, ó persona á su ruego si no supiesen ó no pudieren firmar. Si hubieren otorgado el consentimiento ó consejo favorable por diligencia *apud acta* ante el juez municipal, conforme á lo prevenido en el art. 51 del Reglamento, tambien se hará mencion de dicha diligencia.

5.ª Si ocurrieren otros casos ó circunstancias especiales no previstos en el Reglamento, los jueces municipales y los demas funcionarios que deban autorizar el matrimonio se atendrán para resolverlos y para consignarlos en el acta, cuando así corresponda, á las prescripciones legales.

Artículo 344.—Cuando se haya celebrado un matrimonio *in articulo mortis* se hará un nuevo asiento en el Registro tan luégo como se presente la justificacion de libertad que previene la ley, poniéndose nota de referencia al márgen de la primera inscripcion.

ORÍGENES

Art. 68 Ley Reg. civ.

COMENTARIO

Dos meses despues de celebrado un matrimonio *in articulo mortis* se citará al cónyuge que pidió su celebracion para que acuda á ratificarlo. Si no compareciere ó resistiere este acto, se le impondrá una multa de 10 á 100 pesetas, procediéndose, si necesario fuese, con arreglo al art. 265 del Código penal. Cuando continuara la causa que motivara la celebracion del matrimonio, el encargado del Registro le concederá un plazo prudencial para que termine el expediente, y una vez ultimado éste, se hará una nueva inscripcion en el Registro, poniéndose en la primera la correspondiente nota de referencia (artículo 7.° Circular de 1.° Mayo 1873).

Artículo 345.—El matrimonio de los extranjeros contraído con arreglo á las leyes de su país deberá ser inscrito en España cuando los contrayentes ó sus descendientes fijen su residencia en territorio español. La inscripcion deberá hacerse en el Registro del distrito municipal donde unos ú otros establezcan su domicilio. Al efecto deberán presentar los documentos que acrediten la celebracion del matrimonio, convenientemente legalizados y traducidos en la forma prescrita en el art. 312 (28 de la ley).

ORÍGENES

Art. 69 Ley Reg. civ.

Artículo 346.—El matrimonio contraído en el extranjero por españoles ó por un español y un extranjero con sujecion á las leyes vigentes en el país donde se celebre, deberá ser inscrito en el Registro del agente diplomático ó consular de España en el mismo país, quien remitirá copia de la inscripcion que haga á la Direccion general para la inscripcion en su Registro ó para remitirla al juez municipal correspondiente, segun que el contrayente ó contrayentes españoles tengan ó no domicilio conocido en España.

ORÍGENES

Art. 70 Ley Reg. civ.

Artículo 347.—El matrimonio contraído por militar *in articulo mortis* estando en campaña fuera del territorio español, se inscribirá en el Registro de la Direccion general si no fuese conocido su último domicilio en España, y en otro caso, en dicho domicilio. Con este objeto se deberá pasar á la Direccion ó al juzgado municipal correspondiente por el Ministerio de la Guerra uno de los dos ejemplares del acta de la celebracion, que deberá haberle remitido el jefe del cuerpo en que el contrayente sirviere.

ORÍGENES

Art. 71 Ley Reg. civ.

Artículo 348.—Del matrimonio *in articulo mortis* contraído en viaje por mar extenderá acta el Contador, si es buque de guerra, ó el Capitan ó patron si es mercante, en los términos prescritos respecto al nacimiento en el art. 329 (55 de la ley), practicándose lo dispuesto en el mismo artículo y en los 330, 331 y 332 (56, 57 y 58 de la ley).

ORÍGENES

Art. 72 Ley Reg. civ.

Artículo 349.—Las ejecutorias en que se decrete el divorcio ó se declare nulo el matrimonio, ó en que se ordene la enmienda de su inscripcion, se inscribirán tambien en el Registro en que se hubiese extendido la partida de aquél, poniéndose ademas notas marginales de referencia en uno y otro asiento. Con este objeto, el tribunal que haya dictado la ejecutoria deberá ponerlo en conocimiento del encargado del Registro en que se deba inscribir, remitiéndole testimonio de ella en relacion; pero sin expresar en la de divorcio la causa que lo hubiese motivado.

ORÍGENES

Art. 73 Ley Reg. civ.

Artículo 350.—Toda inscripcion de matrimonio ó de ejecutoria en que se declare el divorcio, ó se declare la nulidad del matrimonio ó la enmienda de su partida respectiva, deberá ponerse en conocimiento de los encargados de los Registros en que estuviese inscrito el nacimiento de los contrayentes, acompañándoles copia certificada del asiento para que hagan la correspondiente anotacion al márgen de la partida referente á este acto, segun se previene en los artículos 338 y 339 (60 y 61 de la ley).

Igual conocimiento se dará á los encargados de los Registros en que estuviesen inscritos los nacimientos de los hijos habidos del matrimonio anulado, ó de aquel cuya partida se hubiese mandado corregir, ó de los hijos naturales que los contrayentes hayan legitimado al casarse, para que pongan tambien la correspondiente nota marginal, segun lo dispuesto en dicho artículo.

ORÍGENES

Art. 74 Ley Reg. civ.

CAPÍTULO IV

DE LAS PARTIDAS DE DEFUNCION

Artículo 351.—Ningun cadáver podrá ser enterrado sin que ántes se haya hecho el asiento de defuncion en el libro correspondiente del Registro civil del distrito municipal en que éste ocurrió, ó del en que se halle el cadáver, sin que el juez del distrito municipal expida la licencia de sepultura, y sin que hayan trascurrido veinticuatro horas desde la consignada en el parte facultativo.

Esta licencia se extenderá en papel comun y sin retribucion alguna.

El encargado del cementerio en que se hubiese dado sepultura á un cadáver sin la licencia mencionada, y los que la hubiesen dispuesto ó autorizado incurrirán en una multa de 20 á 100 pesetas, que hará efectiva el juez municipal correspondiente.

ORÍGENES

Art. 75 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 77 Cód. Francia.—385 Italia.—2481 Portugal.—53 Holanda.

Artículo 352.—El asiento del fallecimiento se hará en virtud de parte verbal ó por escrito que acerca de él deben dar los parientes del difunto ó los habitantes de su misma casa, ó en su defecto los vecinos, y de la certificacion del facultativo de que se hablará en el artículo siguiente.

ORÍGENES

Art. 76 Ley. Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 78 Cód. Francia.—386 Italia.—2482 Portugal.—50 Holanda.

COMENTARIO

El parte verbal ó escrito del fallecimiento de una persona prevenido en este artículo, debe darse en el plazo más breve posible, no pudiendo éste exceder de veinticuatro horas, al juez municipal del término donde aquél hubiere ocurrido, por cualquiera de los parientes ó habitantes de la casa del difunto, siendo mayores de edad, y en su defecto por cualquier vecino que reuna esta circunstancia.

Cuando el fallecimiento hubiese ocurrido fuera del domicilio del difunto, tendrá obligacion de dar el parte la persona que se halle al frente de la casa donde aquél hubiere tenido lugar, debiendo en su defecto darlo los demas habitantes ó vecinos mayores de edad.

Cuando se hallare el cadáver de persona desconocida en lugar no habitado, tendrá obligacion de dar el parte la persona que lo viere, y en todo caso la autoridad local respectiva lo participará de oficio al juez municipal.

Artículo 353.—El facultativo que haya asistido al difunto en su última enfermedad, ó en su defecto el titular del Ayuntamiento respectivo, deberá examinar el estado del cadáver, y sólo cuando en él se presenten señales inequívocas de descomposicion extenderá en papel comun y remitirá al juez municipal certificacion en que exprese el nombre y apellido y demas noticias que tuviere acerca del estado, profesion, domicilio y familia del difunto, hora y día de su fallecimiento, si le constaren, ó en otro caso las que crea probables; clase de enfermedad que haya producido la muerte, y señales de descomposicion que ya existan.

Ni por esta certificacion ni por el reconocimiento del cadáver que debe precederle se podrá exigir retribucion alguna.

A falta de los facultativos indicados practicará el reconocimiento y expedirá la certificacion cualquier otro llamado al intento, á quien se abonarán por la familia ó los herederos los honorarios que marque el Reglamento.

ORÍGENES

Art. 77 Ley Reg. civ.

COMENTARIO

En vista del parte del fallecimiento y de la certificacion facultativa expresada en este artículo y no existiendo ningun indicio de muerte violenta, el juez municipal mandará extender inmediatamente el asiento de defuncion; y terminado que sea, expedirá la correspondiente licencia para que pueda darse sepultura al cadáver en cuanto hayan trascurrido veinticuatro horas, á contar desde la del fallecimiento, consignada en la certificacion facultativa, á ménos que hubiere de presenciar el reconocimiento del cadáver, en cuyo caso no expedirá dicha licencia hasta despues de este acto.

Artículo 354.—El juez municipal presenciará el reconocimiento facultativo siempre que se lo permitan las demas atenciones de su cargo ó haya motivo para creerlo de preferente atencion.

ORÍGENES

Art. 78 Ley Reg. civ.

Artículo 355.—En las inscripciones del fallecimiento se expresarán, si es posible, ademas de las circunstancias mencionadas en el art. 291 (20 de la ley):

Primero. El día, hora y lugar en que hubiese acaecido la muerte.

Segundo. El nombre, apelido, edad, naturaleza, profesion ú oficio y domicilio del difunto y de su cónyuge, si estaba casado.

Tercero. El nombre, apellido, domicilio y profesion ú oficio de sus padres, si legalmente pudieran ser designados, manifestándose si viven ó no, y de los hijos que haya tenido.

Cuarto. La enfermedad que haya ocasionado la muerte.

Quinto. Si el difunto ha dejado ó no testamento, y en caso afirmativo, la fecha, pueblo y notaría en que lo haya otorgado.

Sexto. El cementerio en que se haya de dar sepultura al cadáver.

ORÍGENES

Art. 79 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 79 Cód. Francia.—387 Italia.—2485 Portugal.—51 Holanda.

Artículo 356.—Serán preferidos como testigos de la inscripcion de un fallecimiento los que más de cerca hayan tratado al difunto ó hayan estado presentes á sus últimos momentos.

ORÍGENES

Art. 80 Ley Reg. civ.

Artículo 357.—Si el fallecimiento hubiere ocurrido en hospital, lazareto, hospicio, cárcel ú otro establecimiento público, el jefe del mismo estará obligado á solicitar la licencia de entierro y llenar los requisitos necesarios para que se extienda la partida correspondiente en el Registro civil.

Ademas tendrá la obligacion de anotar las defunciones en un Registro especial.

ORÍGENES

Art. 81 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 80 Cód. Francia.—388 Italia.—2484 Portugal.—54 Holanda.

Artículo 358.—En el caso de fallecimiento de una persona desconocida ó del hallazgo de un cadáver cuya identidad no sea posible por el pronto comprobar, se expresarán en la inscripcion respectiva:

Primero. El lugar de la muerte ó del hallazgo del cadáver.

Segundo. Su sexo, edad aparente y señales de conformacion que le distingan.

Tercero. El tiempo probable de la defuncion.

Cuarto. El estado del cadáver.

Quinto. El vestido, papeles ú otros objetos que sobre él tuviere ó se hallaren á su inmediacion, y que ulteriormente puedan ser útiles para su identificacion, los cuales habrá de conservar al efecto el encargado del Registro ó la Autoridad judicial en su caso.

ORÍGENES

Art. 82 Ley Reg. civ.

Artículo 359.—Tan pronto como se logre esta identificacion, se extenderá una nueva partida expresiva de las circunstancias requeridas por el art. 355 (79 de la ley) de que se haya adquirido noticia, poniendo la nota correspondiente al márgen de la inscripcion anterior, para lo cual la autoridad ante quien se hubiese seguido el procedimiento deberá pasar al encargado del Registro testimonio del resultado de las averiguaciones practicadas.

ORÍGENES

Art. 83 Ley Reg. civ.

Artículo 360. — Si hubiere indicios de muerte violenta, se suspenderá la licencia de entierro hasta que lo permita el estado de las diligencias que por la autoridad competente habrán de instruirse en averiguacion de la verdad.

ORÍGENES

Art. 84 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 81 Cód. Francia.—389 Italia.—55 Holanda.

COMENTARIO

Los jueces municipales procederán á instruir las oportunas diligencias en todas las defunciones ocurridas por accidente casual, á fin de hacer constar con la mayor claridad todas las circunstancias y antecedentes relativos á la personalidad, estado y condiciones de los fallecidos, redactando tan completa como sea posible la correspondiente inscripcion de fallecimiento.

Cuando ésta hubiera de practicarse en virtud de testimonio del juez que entienda en la causa formada á consecuencia de la defuncion, pedirán á éste los jueces municipales cuantos datos sean necesarios y suministre el proceso acerca de los antecedentes indicados; todo sin perjuicio de proceder desde luégo á la inscripcion, y añadir los demas datos, cuando los reciban, por medio de la correspondiente nota marginal.

En el caso de incendio ó hundimiento, el encargado del Registro donde haya tenido lugar el siniestro cuidará de hacer constar por sí mismo, si le fuere posible, todas las causas que puedan contribuír á la identificacion detallada de cada una de las personas que hayan perecido, á cuyo fin deberá presentarse y ordenar los reconocimientos periciales ó facultativos que estime convenientes, practicando cuantas diligencias crea conducentes á este propósito.

En el caso de naufragio exigirá el encargado del Registro, ántes de practicar la inscripcion, copia de las actuaciones que se hayan instruido con motivo del siniestro. Los agentes diplomáticos y consulares pedirán igualmente esta copia, dirigiéndose á las autoridades administrativas ó judiciales del punto donde estén acreditados y que hayan entendido en las diligencias formadas acerca del siniestro ocurrido.

Artículo 361.—El juez encargado de hacer ejecutar la sentencia de muerte, inmediatamente que se haya ejecutado, lo pondrá en conocimiento del juez municipal, acompañando testimonio, con referencia á la causa, de las circunstancias mencionadas en el art. 355 (79 de la ley) que en ella constaren, para que pueda extenderse la partida de defuncion del reo y expedirse la licencia de entierro.

ORÍGENES

Art. 85 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 83 Cód. Francia.—394 Italia.—57 Holanda.

Artículo 262.—Cuando la muerte hubiera sido violenta, ó hubiere ocurrido en la cárcel, establecimiento penal ó por efecto de ejecucion capital, no se hará mencion en la partida correspondiente del Registro civil de ninguna de estas circunstancias.

ORÍGENES

Art. 86 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 85 Cód. Francia.—395 Italia.—59 Holanda.

Artículo 363.—Respecto á los fallecimientos ocurridos en buques nacionales de guer-

ra ó mercantes, se procederá á su inscripcion, formalizándose un acta de la manera prescrita en el art. 329 (55 de la ley) y practicándose lo dispuesto respecto á la inscripcion de nacimientos en los artículos 330, 331 y 332 (56, 57 y 58 de la ley).

ORÍGENES

Art. 87 Ley Reg. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 86 Cód. Francia.—396 Italia.—2486 Portugal.—60 Holanda.

Artículo 364.—El fallecimiento ocurrido en viaje por tierra se inscribirá en el Registro del distrito municipal en que se haya de dejar el cadáver para su entierro.

ORÍGENES

Art. 88 Ley Reg. civ.

Artículo 365.—El fallecimiento de militares en tiempo de paz y en territorio español, se pondrá por el jefe del cuerpo á que pertenezca en conocimiento del juez municipal del distrito en que ocurra, acompañándole copia de su filiacion para que proceda á hacer en su Registro la inscripcion correspondiente.

ORÍGENES

Art. 89 Ley Reg. civ.

Artículo 366.—Si el fallecimiento de militares ocurriese en campaña en el territorio español donde á la sazon no impere la autoridad del Gobierno legítimo, ó en territorio extranjero, el jefe del cuerpo á que perteneciera el difunto dispondrá el enterramiento y lo pondrá en conocimiento del Ministerio de la Guerra, remitiéndole copia duplicada de la filiacion para que éste haga verificar la inscripcion en el Registro del último domicilio del finado, si fuera conocido, ó en el de la Direccion general en otro caso.

ORÍGENES

Art. 90 Ley Reg. civ.

COMENTARIO

Por decreto de 17 Julio de 1874 se dispuso que los jueces municipales inscribirán inmediatamente y con la mayor exactitud las comunicaciones de la Direccion general referentes á los fallecimientos de militares en campaña. Ha de hacerse constar en dichas inscripciones los requisitos á que se refieren los artículos 20 y 79 de la Ley del Registro, si resultaren de las comunicaciones, y en otro caso se expresará los que faltaren.

Las inscripciones que por su concision ó falta de datos no llegaren á producir la completa identificacion de la persona inscrita, se considerarán como provisionales y podrán ampliarse ó rectificarse en la forma que establece el artículo 6.° del mismo Decreto.

Los parientes del fallecido en campaña, ó cualquiera otra persona que tuviera interes en la inscripcion, podrá solicitarla ante el juez de primera instancia del partido del último domicilio de aquél, y en estos expedientes se observará el procedimiento establecido en el art. 32 del Reglamento.

Las sentencias que se dictaren en los expedientes á que se refiere el artículo anterior, se comunicarán al juez municipal para que se verifique la inscripcion, y tambien se le remitirá el expediente original si no existiere oposicion de los interesados ó del ministerio fiscal. En caso de reclamacion ú oposicion, sólo se remitirá al juez municipal copia de la sentencia dictada por el juez para que haga la inscripcion como provisional y sin perjuicio de lo que se acuerde posteriormente.

Se considerarán como medios supletorios para acreditar el fallecimiento, si faltare la relacion que determina el art. 90 de la Ley:

1.° Las certificaciones de los capellanes de los cuerpos, si estuvieren autorizados por los jefes de éstos.

2.° Las certificaciones que con referencia á sus libros y asientos expidan los encargados de los hospitales militares, si las autorizaren los jefes de quienes dependieren.

3.° Las certificaciones que, con referencia á los datos oficiales que consten en las oficinas sujetas á su inspeccion ó dependencia, expidan las autoridades militares ó civiles.

Para ampliar ó rectificar las inscripciones de que trata el art. 2.°, los jueces municipales admitirán las informaciones ó documentos que presenten los interesados, y oyendo al fiscal municipal, resolverán lo que estimen justo.

Contra esta decision puede reclamarse ante el juez de primera instancia, el cual, oyendo al promotor, resolverá en definitiva.

No se da recurso alguno contra la decision del juez de primera instancia; pero los interesados ó el ministerio fiscal podrán reclamar lo que estimen justo en juicio ordinario.

Los jueces municipales y sus secretarios, y los secretarios de los Juzgados de primera instancia, no podrán exigir derechos en los expedientes á que este Decreto se refiere, y en los cuales deberá usarse el papel sellado correspondiente.

Si no constare legalmente el último domicilio de la persona cuya defuncion hubiere de inscribirse, se tendrá como tal para los efectos de la ley el pueblo de su naturaleza ó el en que sus padres se hallaren establecidos. En el caso de ignorarse estos particulares, la inscripcion se hará en el Registro de la Direccion general.

Si el Registro á que correspondiere el último domicilio ó vecindad del finado no pudiere funcionar por hallarse quemado ó por otro motivo semejante de fuerza mayor, la inscripcion se hará en la Direccion, si bien con el carácter de provisional, y sin perjuicio de comunicarlo cuando fuere posible al juzgado municipal competente para que éste la inscriba.

Los jueces de primera instancia tendrán la inspeccion y vigilancia que la Ley les atribuye; cuidarán de que los encargados del Registro cumplan las anteriores disposiciones, castigarán con severidad la negligencia de éstos y exigirán la responsabilidad en que incurran por su falta de celo ó por los perjuicios que irroguen á los particulares.

En 16 de Octubre de 1874 el Poder Ejecutivo de la República dictó las siguientes reglas:

«1.ª Las Direcciones generales de las armas é institutos del ejército remitirán á la Direccion general de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado duplicadas hojas de servicio, medias filiaciones de los individuos muertos en campaña, puntualizando en lo posible por nota en las mismas:

1.° El dia, hora y lugar en que hubiese ocurrido la muerte.

2.° El nombre, apellidos, edad y naturaleza del difunto y de su cónyuge, si estaba casado.

3.° El nombre, apellido, profesion ú oficio de sus padres, expresando si viven ó no, y de los hijos que hubieren tenido.

4.° El empleo efectivo que desempeñaba y el cuerpo en que servia.

5.° Si otorgó ó no testamento, y ante quién.

6.° El cementerio ó lugar en donde se haya dado sepultura á su cadáver.

2.ª Los directores generales de las armas reclamarán los datos necesarios de los jefes de los cuerpos para dar las noticias que expresa la regla anterior.

3.ª Cuando no constase el parte de los referidos jefes, pero se tenga noticia por cualquier otro conducto del fallecimiento ocurrido en hospitales ó ambulancias militares ó civiles, el jefe del cuerpo pedirá y remitirá á la Direccion general del arma respectiva la certificacion á que se refiere el caso 2.° del art. 5.° del Decreto de 17 de Julio último, que acredite la defuncion.

4.ª Las certificaciones de defuncion expedidas por los capellanes de los cuerpos podrán utilizarse tambien para este fin, y asimismo los datos que suministren los testigos presenciales y los que arrojen las diligencias instruidas por la jurisdiccion militar.

5.ª Para la más puntual observancia de las anteriores reglas, los jefes de los cuerpos remitirán á sus respectivas Direcciones, en el plazo preciso de un año, las hojas de servicio, medias filiaciones de los fallecidos en el trascurso de la presente campaña y demas antecedentes que conduzcan á formalizar las inscripciones de los mismos, teniendo presente la importancia de este servicio y la necesidad de que en lo sucesivo lo verifiquen con exactitud respecto á los partes y hojas de servicio, medias filiaciones de los que sucumban en las condiciones excepcionales previstas en esta disposicion, toda vez que la omision de estas circunstancias esenciales para la inscripcion hace que ésta tenga sólo el carácter provisional, lo cual ocasiona perjuicios á las familias, fáciles de evitar con el regular cumplimiento de lo preceptuado.

Artículo 367.—Los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero inscribirán en su Registro el fallecimiento de los españoles ocurridos en el país que estén acreditados, remitiendo copia certificada de esta inscripcion á la Direccion general para que se repita en el Registro de la misma ó en el de su domicilio en España, al tiempo del fallecimiento, si lo hubiere tenido.

ORÍGENES

Art. 91 Ley Reg. civ.

Artículo 368.—De toda inscripcion de defuncion se dará conocimiento por medio de copia certificada á los encargados del Registro en que se hubiere inscrito el nacimiento del difunto para que se anote al márgen de las partidas respectivas.

ORÍGENES

Art. 92 Ley Reg. civ.

Artículo 369.—El encargado del Registro en que se halla inscrita la defuncion de un empleado ó pensionista del Estado deberá dar parte de ello en el término de tres días á las oficinas de Hacienda pública de la provincia.

ORÍGENES

Art. 93 Ley Reg. civ.

Artículo 370.—La muerte de un extranjero que no hubiese dejado familia deberá ponerse, dentro del mismo término, en conocimiento del agente diplomático ó consular de su país, residente en el punto más próximo al en que se debe efectuar el entierro. No habiéndolo, se dirigirá el aviso al Ministerio de Estado para que lo trasmita al Gobierno de la nacion á que hubiere pertenecido el finado.

ORÍGENES

Art. 94 Ley Reg. civ.

Artículo 371.—En caso de epidemia ó de temor fundado de contagio por la clase de enfermedad que hubiere producido la muerte de una persona, se harán en la puntual observancia de esta ley las prescripciones que marcan las leyes y Reglamentos especiales de Sanidad.

ORÍGENES

Art. 95 Ley Reg. civ.

Artículo 372.—Los cambios de nacionalidad producirán efectos legales en España solamente desde el día en que sean inscritos en el Registro civil.

ORÍGENES

Art. 96 Ley Reg. civ.

CAPÍTULO V

DE LAS INSCRIPCIONES DE CIUDADANÍA

Artículo 373.—En todos los casos en que se trate de inscribir en el Registro civil un acto por virtud del cual se adquiere, se recupera ó se pierde la nacionalidad española, deberán presentarse la partida de nacimiento del interesado, la de su matrimonio, si estuviere casado, y las de nacimiento de su esposa y de sus hijos.

ORÍGENES

Art. 97 Ley Reg. civ.

Artículo 374.—No se practicará inscripcion alguna en el Registro de ciudadanía relativa á la adquisicion, recuperacion ó pérdida de la calidad de español, en virtud de declaracion de persona interesada que no se halle emancipada y no haya cumplido la mayor edad.

ORÍGENES

Art. 98 Ley Reg. civ.

Artículo 375.—La adquisicion, recuperacion ó pérdida de la nacionalidad española se anotará al márgen de las partidas de nacimiento de los interesados y de sus hijos, si éstos hubiesen sido inscritos en el Registro civil de España, remitiéndose al efecto copias certificadas de la inscripcion á los encargados de los Registros respectivos, quienes acusarán inmediatamente el recibo

Por la falta de cumplimiento á lo que previene este artículo se impondrá la multa prevista en el art. 339 (65 de la ley).

ORÍGENES

Art. 99 Ley Reg. civ.

Artículo 376.—En todas las inscripciones de Registros de que hablan los artículos precedentes se expresará, si fuere posible, ademas de las circunstancias mencionadas en el art. 291 (20 de la ley):

Primero. El domicilio anterior del interesado.

Segundo. Los nombres y apellidos, naturaleza, vecindad y profesion ú oficio de sus padres, si pudieran ser designados.

Tercero. El nombre, apellido y naturaleza de su esposa si estuviere casado.

Cuarto. Los nombres y apellidos, naturaleza vecindad y profesion ú oficio de los padres de ésta, en el caso del núm. 2.°

Quinto. Los nombres, edad, naturaleza, residencia y profesion ú oficio de los hijos, manifestando si alguno de ellos está emancipado (1).

ORÍGENES

Art. 100 Ley Reg. civ.

(1) Los arts. 101 y siguientes de la ley del Reg. civ., quedan trascritos en el tít. I, arts. 13 y siguientes, y en el tít. II, arts. 37 y siguientes de este Código.

LIBRO SEGUNDO

DE LA DIVISION DE LOS BIENES Y DE LA PROPIEDAD

TITULO PRIMERO

DE LA DIVISION DE LOS BIENES

DISPOSICION PRELIMINAR

Artículo 377.—Las cosas que pueden ser objeto de propiedad son corporales é incorporales.

Las corporales son muebles é inmuebles.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XXX, Partida 3.ª
Ley 4.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª
Ley 1.ª, tít. XVII, Partida 2.ª

CONCORDANCIAS

Concuerdan con las leyes 93, tít. XVI, lib. L y 5.ª, tít. XVII, lib. XLVIII, Digesto.

Concuerda en parte con: Arts. 516 Cód. Francia.—406 Italia.—373 Portugal.—230 Prusia.—6.º, tít. II, lib. I, Prusia.—560 Holanda.—295 Austria.—Parte segunda, Cód. Bávaro.—452 Luisiana.—321 Vaud.—297 Sardo.

JURISPRUDENCIA

Bajo la palabra bienes está comprendido el dinero metálico. (Sent. 26 Junio 1858).

Sent. 22 Setiembre 1860.

COMENTARIO

Estudiado el primer objeto del Derecho ó sea las personas en sus distintas relaciones por razon de su estado, nos corresponde estudiar lo que en Derecho se conoce con el nombre de cosas, empezando por fijar cuál es su naturaleza para ver luégo sus divisiones.

Dice el Proemio del título 17, Partida 2.ª, que se llaman bienes *aquellas cosas de que los homes se sirven ó se ayudan*; pero los escritores de Derecho patrio considerando que la palabra *cosa* es más extensa y abarca más que la de *bienes*, dan aquella denominacion á todo lo que puede prestar utilidad al hombre, esté ó no en su patrimonio; y la de *bienes* á todo lo que forma parte de éste. Realmente parece que ambas denominaciones se diferencian; pero la diferencia no es tan esencial para que dejemos de comprender en una las dos, mucho más admitiendo la palabra *bienes* la generalidad que en la de *cosas* pueda haber, y estando aquélla consignada en las leyes á la vez que recibida por la ciencia.

La primera division que encontramos consignada en los Códigos es la de cosas corporales é incorporales. No pasó desapercibido para el autor de las Partidas, que si había cosas *quæ tangi possunt*, como las definia el Derecho Romano, que podían servir de utilidad al hombre, había tambien otras, tales como derechos, acciones, obligaciones, etc., llamadas incorporales, *quæ tangi non possunt*, que como las anteriores podían ser objeto de propiedad y ser consideradas como cosas y bienes, puesto que igual utilidad prestaban al hombre.

Criticada ha sido esta distincion por algunos autores como vaga y ocasionada á dudas, pero

analizada cada una de sus partes y deslindados los objetos que en ellas se comprenden, desaparece esa vaguedad y no tiene razon de ser ese temor de que surjan dificultades. Por esto sin duda desde Roma ha permanecido consignada esa division en legislaciones posteriores.

Subdividen las Partidas las cosas corporales, como tambien lo hacía el Derecho Romano, en muebles é inmuebles, esto es, en cosas que pueden moverse por sí ó por otros agentes y las que no pueden trasladarse del sitio que ocupan. Division completa é importante, porque sin descansar en ficcion alguna, como la anterior, comprende cosas que necesariamente deben dividirse para aplicar á cada grupo los principios del derecho que segun su distinta naturaleza debe regirlas, y de ella trataremos en los siguientes artículos.

CAPITULO PRIMERO

DE LOS BIENES INMUEBLES

Artículo 378.—Son bienes inmuebles ó se considera n como tales:

Primero. Las tierras y edificios.

Segundo. Las plantas, cosechas y árboles miéntras estuviesen unidos á la tierra, y los frutos pendientes de los mismos.

Tercero. Los animales, ganados, simientes, abonos, viveros de animales, instrumentos y utensilios que el propietario destine á un fundo para su servicio y beneficio.

Cuarto. Las cosas muebles que estén unidas á un edificio de manera que no puedan separarse sin deterioro de ellas ó de la parte á que están unidas.

Quinto. Las estatuas colocadas en nichos construídos expresamente en el edificio, y los espejos y cuadros que á él estén unidos de una manera permanente.

Sexto. Las servidumbres y demas derechos reales sobre bienes inmuebles.

ORÍGENES

Leyes 15, 28, 29, 30 y 31, tít. V, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 518 á 526 Cód. Francia.—407 á 411 Italia.—374 á 376 Portugal.—322 á 330 Vaud.—454 á 463 Luisiana.—562 á 564 Holanda.—293 á 297 Austria.—234 Rusia.—45, 48 y 49 al 62 Prusia.—Ley 44, tít. I, lib. VI; 25, párr. 6.º, tít VIII, lib. XLII; 16, párr. 31, y 17 y 18, tít. I, lib. XIX; tit VII, lib. XXXIII; 86, tít. XVI, lib. L, Digesto.

COMENTARIO

El primer grupo de la division fundamental hecha por las Partidas, ó sean las cosas inmuebles, podríamos reducirlas al suelo y las cosas unidas á él, de modo que formen un mismo todo. Pero los autores hacen de ellas una clasificacion, que si no legal es científica, y facilita muchísimo su estudio, dividiéndolas por razon de su naturaleza, por razon de su destino y por el objeto á que se aplican, entre las cuales caben las servidumbres, acciones para reivindicar bienes raíces y otras muchas que participan de la naturaleza inmueble del objeto sobre que recaen.

Entre los inmuebles por naturaleza se cuentan las tierras y edificios, y las plantas y árboles miéntras están unidos al suelo, y por la misma razon las cosechas y frutos pendientes, los caños y canales para la conduccion de aguas por predios rústicos, y, en una palabra, todo lo que esté unido á la tierra de un modo permanente.

Por su destino es inmueble cuanto el propietario de un fundo pone para su servicio, cultivo y explotacion. Por consiguiente, se comprende en este grupo los animales de labor, los abonos, instrumentos de labranza, prensas, lagares, cubas, utensilios para fábricas, todo lo que está unido á los edificios para que forme parte de él, como estatuas, espejos, pinturas, adornos y otros muchos.

Por último, se reputan igualmente inmuebles, las servidumbres y todos los derechos reales sobre bienes raíces, que participan de esta naturaleza por el objeto á que se aplican.

CAPÍTULO II

DE LOS BIENES MUEBLES.

Artículo 379. Se consideran bienes muebles:

Primero. Los que pueden trasladarse de un lugar, á otro ya por impulso del hombre, ya por sí mismos, salvo los comprendidos en los números 3.°, 4.° y 5.° del artículo anterior.

Segundo. Los oficios públicos enajenados de la Corona, las inscripciones de la Deuda pública y las acciones de Bancos y Compañías mercantiles, aunque sean nominativas.

Tercero. Toda clase de máquinas ó aparatos que ni están fijos sobre cimientos ni forman parte de edificios.

Cuarto. Los materiales provenientes de la demolicion de un edificio ó reunidos para su construccion, pero no los separados para volverlos á poner en él.

ORÍGENES

Leyes 28, 29 y 31, tít. V, Partida 5.ª
Ley 4.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª
Art. 4.°, Ley Hipot., derogatorio de la Ley 3.ª, núm. 4, tít. XVI, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 528 á 536 Cód. Francia.—565 á 574 Holanda.—417 á 524 Italia.—465 á 472 Luisiana.—293, 298 y 299 Austria.—6.°, tít. II, lib. 1, y 75 en su segunda parte Prusia.—332 á 340 Vaud.—376 y 378 Portugal.—244 Rusia.—Ley 7.ª, tít. X, lib. XXXIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 22 Diciembre 1860.

La expresion *muebles*, precedida de la de *bienes* y en contraposicion á la de *inmuebles* ó *raíces*, no puede ampliarse á todos los que por propio ó ajeno impulso pueden ser movidos de un lugar á otro, sinó que es preciso en sentido restrictivo, en que la ley y el uso lo emplean para significar los muebles de una casa, no pudiendo considerarse incluídos entre ellos, con arreglo á esta doctrina y al lenguaje de las leyes, especialmente la de Enjuiciamiento civil en los arts. 431, 949 y 1401, las alhajas ó efectos de plata, oro ó pedrería (Sent. 27 Mayo 1867).

Bajo la palabra efectos tampoco se comprende siempre el dinero (Sent. 11 Marzo 1863).

COMENTARIO

Despues de enumerados los bienes inmuebles, podríamos decir con el Proyecto de Código, que son muebles todos los demas no comprendidos en el artículo anterior, omitiendo clasificarlos; pero conviniendo hacer algunas advertencias sobre ellos, y enumerándolos la ley, vámos nosotros á hacer lo mismo.

Compréndense en esta clase, segun la ley de Partida, dos grupos de bienes: unos que podemos llamar propiamente muebles, entre los que se cuentan las máquinas y aparatos que no están fijos ni forman parte de edificios, materiales provenientes de su demolicion, los que se destinan para su construccion, cosechas, frutos y plantas que han sido separados, y otros muchos que no enumeramos porque son fáciles de conocer. Tambien se entiende por muebles los oficios públicos enajenados de la Corona, y los demas comprendidos en el núm. 2.° del artículo que estamos examinando, desde que la ley Hipotecaria, derogando la Novísima Recopilacion, que los consideraba como inmuebles, los ha colocado entre los muebles.

Por último, en el segundo grupo están comprendidos los semovientes, ó sean los animales, ganados, etc., que, como dice la ley, pueden moverse por sí.

Un punto hay que no resuelven nuestras leyes; pero sí en parte la jurisprudencia, y consiste en averiguar la extension de la palabra *muebles*. Como esta palabra se emplea comunmente para designar el moviliario de una casa, pueden ocurrir en muchas ocasiones dudas so-

bre el sentido que debe dársele, ya aplicando aquella denominacion á los bienes muebles en general, ya á los que constituyen el ajuar ó mueblaje de una casa. El Proyecto de Código, tratando de resolver esta duda dice, que cuando por disposicion de la ley ó del hombre se use la expresion *bienes muebles*, se comprenderán en ella todas las cosas muebles, segun se ha definido; y cuando se use de la expresion de *muebles* solamente, ó de *bienes muebles de una casa*, no se comprenderán más que los que sirven para amueblar ó alhajar la casa, y no los demas efectos que hubiere en ésta, cualquiera que fuera la clase á que pertenecieran, miéntras otra cosa no constare más clara. Despues de esto, lo único que puede servirnos de guía es la jurisprudencia apuntada, y no hay más reglas para resolver las dudas.

Artículo 380.—Los bienes muebles son fungibles y no fungibles.

A la primera especie pertenecen aquellos que se pueden contar, pesar y medir y á la segunda todos los demas.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. I, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Admiten, aunque no consignan esta clasificacion, los arts. 1892 Cód. Francia.—1819 Italia.—1507 Portugal.—561 Holanda.—653, parte 1.ª, tít. XI Prusia.—983 Austria.—1376 Vaud.—1638 Valais.—1914 Neufchatel—2881 Luisiana.—1903 Bolivia.—1002 Canton Tesino.—1835 Friburgo.—1764 Nápoles—1914 Cerdeña.—Ley 2.ª, párr. 1.º, tít. I, lib. XII, Digesto.—Título XV, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Sent. 29 Mayo 1857.

COMENTARIO

Cosas *que son acostumbradas á contar, pesar ó medir* llaman las Partidas á las fungibles, diferenciándolas *de las otras cosas que non son de tal manera como estas*, ó sean las no fungibles. No ha dejado de suscitar dudas entre los autores la definicion que de estas cosas debía darse para marcar bien su diferencia.

Señálanle por base á esa distincion algunos comentaristas la que existe entre el género y la especie. Parece que las cosas determinadas por el primero llevan en sí la idea de peso, número y medida, miéntras que las no fungibles tienen que considerarse individual y específicamente, sin poder ser por lo tanto representadas; pero otros, fijándose en el uso ó aprovechamiento que de ellas puede hacerse, han llamado fungibles á las que se consumen por el uso, y no fungibles á todas las demas. Sea de ello lo que quiera, es lo cierto que si su definicion ofrece dudas, no las ofrece su naturaleza, porque nadie usará el pan que se le entregue para comer de la misma manera que un libro, y así como del primero no podrá devolverse sinó otro tanto en cantidad y calidad, el segundo podrá ser devuelto despues de haberse usado. Es materia que tiene más aplicacion en otro lugar y en él tendremos ocasion de estudiarla.

CAPÍTULO III

DE LOS BIENES CONSIDERADOS SEGUN LAS PERSONAS Á QUIENES PERTENECEN

Artículo 381.—Los bienes en cuanto á su posesion ó dominio son:

Primero. Públicos.

Segundo. De una provincia ó pueblo.

Tercero. De particulares.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 2.ª, tít. VIII, lib. I, Digesto.

COMENTARIO

Las Partidas, siguiendo el ejemplo de los jurisconsultos romanos, dividieron las cosas en

cuanto á su propiedad, en comunes, públicas, de corporacion ó universitarias, privadas y de nadie, segun que su uso pertenece á todos los séres de la tierra, ó sólo á los hombres, ó al comun de una villa ó pueblo, ó á particulares, ó que por último estaban fuera de dominio, ó no habían entrado en él. Hoy esta clasificacion no tiene apénas fundamento; han cambiado las instituciones y el modo de ser de los pueblos y cosas, y no puede citarse sinó como precedente. En rigor, pues, no cabe dividir las cosas en cuanto á su propiedad más que en públicas, de un pueblo ó provincia, y de particulares ó de propiedad privada. Las cosas *nullius* han pasado á poder del Estado, y por tanto entre ellas deben figurar.

Artículo 382.—Se consideran de uso público:

Primero. El aire, las aguas pluviales y el mar con las limitaciones establecidas en las leyes.

Segundo. Las aguas, ríos y riberas.

Tercero. Los caminos, puertos, costas y playas.

Cuarto. Los bienes cuya administracion pertenece exclusivamente al Estado, entre los cuales se cuentan los baldíos, montes sin dueño conocido, minas, mostrencos, nacionales y los del Real Patrimonio en la forma y con las limitaciones que señalan las leyes.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XVII, Partida 2.ª
Ley 4.ª, tít. XV, Partida 2.ª
Leyes 3.ª á la 8.ª inclusive, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 11 del mismo título y Partida.
Ley 29, tít. IV, lib. VIII, Fuero Juzgo.
Ley 6.ª, tít. VI, lib. IV, Fuero Real.
Leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. XXIII, lib. VII, Nov. Rec.
Leyes 1.ª á 4.ª, tít. XVIII, lib. IX, Nov. Rec.
Leyes 7.ª á la 10, tít. XXII, lib. X, Nov. Rec.
Ley 9.ª, tít. VIII, lib. VII, Nov. Rec.
Ordenanzas de Montes 22 Diciembre 1833.
Ley 16 Mayo 1835.
Ley 1.º Mayo 1855.
Ley 3 Agosto 1866.
Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 538 al 542 Cód. Francia.—427, 429, 432 Italia.—445, 477, 449 Luisiana.—287 Austria.—576, 577 y 580 Holanda.—342 y 343 Vaud.—248 y 256 en su segunda parte Rusia.—380 Portugal.—419 y siguientes Cerdeña.—463 y siguientes Nápoles.—Ley 4.ª, párr. 1.º, tít. VIII, lib. I; 1.ª, tít. VII; y 1.ª, párrafos 3.º y 4.º, tít. XII, lib. XLIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 20 Marzo 1858.
Sent. 30 Abril 1863.
Sent. 14 Diciembre 1863.
Sent. 23 Diciembre 1863.
Sent. 27 Octubre 1865.
Sent. 10 Mayo 1867.
Sent. 23 Abril 1868.
Sent. 16 Marzo 1875.
Sent. 12 Mayo 1875.

No son bienes nacionales los conventos y monasterios de fundacion particular, instituídos y dotados por el fundador para un objeto de interes privado (Sent. 21 Octubre 1851).

Los bienes nacionales devueltos al clero con arreglo al Concordato, están equiparados á los del Estado (Sent. 11 Abril 1855).

La ley de 16 de Mayo de 1835 sobre adquisiciones que hace el Estado en concepto de bienes mostrencos, no tienen aplicacion á los casos en que las leyes de desvinculacion determinan el destino que debe darse á los bienes desvinculados (Sent. 7 Octubre 1859).

Corresponde al Estado lo que el mar arroje á las playas (Sent. 7 Febrero 1862).

Pertenecen al Estado los bienes de los que mueren intestados, con arreglo á la ley de 1835, cuando no dejan aquéllos personas capaces de heredar (Sent. 17 Junio 1862).

Al fijar la ley 3.ª y 4.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª, que son comunes el mar y sus riberas debe entenderse no en absoluto, sinó con las limitaciones y condiciones exigidas por el Estado para su aprovechamiento (Sent. 1.º Mayo 1863).

En el aprovechamiento de las aguas pluviales que, segun la ley 3.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª, *pertenecen comunalmente á todas las criaturas*, es doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, que se dé siempre la preferencia al dueño de los terrenos superiores respecto del de los inferiores, si éste no tiene un título especial que constituya á su favor obligacion para el disfrute de este beneficio (Sentencia 18 Febrero 1865).

COMENTARIO

Hemos reunido todos los bienes de carácter público en un solo artículo, para no hacer larga y confusa su clasificacion subdividiéndola en varios; pero es de notar, que aunque todos ellos pertenecen á la Nacion, se diferencian los comprendidos en el último grupo, ó sean los del Estado, de los demas, en que si éstos se destinan á cierto uso general, aquellos son administrados por el Gobierno como un particular.

Nada puede decirse en este lugar de todos estos bienes, porque regidos hoy por leyes especiales, unas civiles y otras de carácter administrativo, no nos incumbe el estudio de éstas, y ocasion tendremos de examinar las primeras.

Artículo 383.—Pertenecen á una provincia ó pueblo de la Monarquía las fuentes, plazas, mercados, dehesas y otros de la misma índole de que sólo pueden usar sus habitantes, y los campos, ganados y demas bienes productivos, pertenecientes en comun á todos los de una localidad, destinados á sufragar los gastos de la administracion municipal.

ORÍGENES

Leyes 9.ª y 10, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Leyes 24 á 27, tít. IV, lib. VIII, Fuero Juzgo.
Leyes del tít. VI, lib. IV, Fuero Real.
Ley 17, tít. XXV, lib. VII, Nov. Rec.
Ley 1.° Mayo 1855.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 542 Cód. Francia, que sólo habla de bienes comunales ó de pueblos.—432 Italia.—381 Portugal.—449 Luisiana.—256 en su segundo párrafo Rusia.—582 Holanda.—434 Sardo.—467 Nápoles—Ley 6.ª, tít. I, lib. II, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Abril 1860.
Sent. 9 Abril 1870.
Sent. 11 Marzo 1874.

Los bienes del comunal de vecinos no son capaces de prescripcion, con arreglo á la ley 7.ª, tit. XXIX, Partida 3.ª (Sent. 17 Diciembre 1864).

La enajenacion de los bienes propios dispuesta en el art. 104 de la ley de 3 Febrero de 1823, no puede hacerse sin subasta y sin los demas requisitos exigidos por las leyes (Sent. 15 Febrero 1865 y 19 Abril 1876).

COMENTARIO

En los bienes *del comun de cada cibdad ó villa*, como dicen las Partidas, hay que distinguir dos clases, unos que, perteneciendo en comun á los pueblos, pueden ser aprovechados por todos los vecinos en particular, y otros llamados comunmente de *propios*, que aun cuando pertenecen al pueblo ó ciudad donde radican, no pueden ser aprovechados por los vecinos como los anteriores, sinó que se destinan á sufragar los gastos de la administracion municipal. Estos bienes siempre los han poseido los pueblos como personas jurídicas, equiparadas á los particulares, llegando á ser en algunas ocasiones de gran consideracion los *propios* de muchos pueblos, hasta que las leyes, creyendo conveniente convertir la propiedad colectiva en individual, declararon su enajenacion. Varias han sido las promulgadas con este objeto, y multitud de Reales Decretos publicados posteriormente han venido á hacer lo mismo; todas estas disposiciones entran en la esfera del Derecho administrativo.

Artículo 384.—Son bienes de particulares los que á ellos pertenecen individual ó colectivamente, y ellos solos son los que pueden ganarlos ó perderlos.

ORÍGENES

Ley 2.ª, núm 4, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 357 Cód. Francia.—388 Portugal.—Párr. 11, tít. I, lib. II, Instituciones.

COMENTARIO

Las cosas de particulares son las que verdaderamente constituyen el objeto del Derecho civil. En ellas se comprende todo lo que puede formar parte del patrimonio de una persona, bien sea un hombre, bien sea una personalidad jurídica. En este sentido, lo mismo el Estado que las provincias y corporaciones, son consideradas como particulares, y autorizadas por la ley para adquirir bienes. Desde el momento que las cosas, sea cualesquiera su procedencia, entran en el comercio de los hombres, pudiendo ser adquiridas, enajenadas, empeñadas, etc., quedan sujetas al Derecho civil.

Los comentaristas y escritores, con el fin de

facilitar en todo lo posible el estudio de esta materia, han hecho varias divisiones de las cosas, que por no hallarse confirmadas por nuestras leyes, no haremos más que mencionarlas aquí para que se tenga una idea de ellas.

Divídenlas en rústicas y urbanas, segun estén destinadas á los usos de la agricultura y ganadería, ó para los edificios donde se habite solamente, casas, teatros, etc. Esto, como más adelante veremos, tiene alguna importancia en lo que se refiere á servidumbres. Son tambien las cosas existentes y futuras, bien existan real y jurídicamente, ó bien puedan existir, áun cuando en la actualidad no tengan vida; principales y accesorias, segun que subsistan por sí ó necesiten estar unidas á otras; singulares y universales, ya se consideren aisladamente, ya formen un todo material ó jurídico; divisibles é indivisibles, fáciles de conocer, y por último, litigiosas y juzgadas, ya estén pendientes de un juicio ó haya recaído sentencia definitiva. Como se ve, no tienen gran fundamento estas divisiones; pero en nada se oponen á las leyes y pueden facilitar su estudio.

TÍTULO II

DE LA PROPIEDAD

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA PROPIEDAD EN GENERAL

Artículo 385.—Propiedad es el derecho que tienen los hombres en sus cosas para hacer de ellas lo que quisieren, sin más limitaciones que las que provengan de su naturaleza y de las leyes y reglamentos.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 27, tít. II, Partida 3.ª
Ley 10, tít. XXXIII, Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 544 Cód. Francia.—436 Italia.—483 Luisiana.—625 Holanda.—354 y 362 Austria.—439 Cerdeña.—Ley 21, tít. XXXV, libro IV, Cód. Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 24 Febrero 1855.
Sent. 3 Diciembre 1857.
Sent. 23 Mayo 1860.
Sents. 7 Octubre y 13 Diciembre 1865.
Sent. 27 Octubre 1866.
Sent. 25 Febrero 1869.

Toda propiedad se reputa libre miéntras no se pruebe lo contrario (Sent. 20 Diciembre 1860, 23 Junio 1862 y 15 Febrero 1875).

La ley 27, tít. II, Partida 3.ª, se limita á definir la propiedad y la posesion, á marcar sus diferencias y á designar las ventajas de una ú otra (Sent. 9 Junio 1865, 26 Enero 1866).

COMENTARIO

Mucho se ha hablado sobre la propiedad; mucho han discutido sobre ella filósofos, economistas y juristas, designándola diversos fundamentos segun los principios que aquéllos profesaban, y grandes han sido los ataques dirigidos últimamente contra esta institucion por ciertas escuelas políticas. Hé aquí por qué, áun cuando pudiera parecer ajeno á nuestro objeto, no tanto por el carácter más práctico que teórico de nuestro trabajo, cuanto por el corto espacio de que puede disponerse en los reducidos límites de un comentario, el examinar cuál sea el fundamento racional de la propiedad, no debemos pasar por alto cuestion de tanta trascendencia, indicando ligeramente las principales doctrinas y teorías que sobre esta materia se han presentado en el campo de la ciencia.

Desde los tiempos más antiguos se ha considerado la ocupacion como el fundamento de la propiedad, doctrina para cuya explicacion era preciso admitir dos supuestos: primero, la comunidad de todas las cosas, con un derecho en todos los hombres á apropiárselas, y segundo, la obligacion procedente de convenio tácito, celebrado entre todos ellos para respetar la propiedad exclusiva del primer ocupante. Confundiendo el derecho de propiedad con su orígen histórico, han señalado los partidarios de esta doctrina como fundamento á aquel derecho, lo que únicamente constituye su modo de ser primitivo. En efecto, en todos los Códigos se ha consignado la ocupacion como un modo de adquirir la propiedad, pero nunca ha constituído el mismo derecho de propiedad. Si así fuera, si por el hecho de la primera ocupacion se obligase á los demas á respetar aquel derecho, la fuerza en último resultado vendría á ser el principio fundamental de la propiedad; porque como nos enseña la historia, muchas veces los hombres, invadiendo un

país, han adquirido lo que sus habitantes se han visto forzados á ceder. Han creido salvar esta dificultad suponiendo una convencion entre todos los hombres, supuesto tan falso como el principio mismo; porque si la comunidad no ha existido nunca, sinó que desde que hay hombres hay propietarios, tampoco ha existido una convencion ni tácita ni expresa, que áun suponiéndola, no podía obligar hasta el punto de reducir á la miseria á generaciones enteras.

No puede ser, pues, la ocupacion el fundamento de la propiedad.

Pero ¿han sido más afortunados los que lo han encontrado en el trabajo, ó como se dice, en la trasformacion y las especificacion de las cosas por el trabajo? Nunca como hoy se ha ensalzado y respetado tanto el trabajo; pero nunca tampoco se ha abusado tanto de ese principio que, convertido de necesidad en derecho, ha servido de lema á cierta bandera política, para fundar en él el derecho de propiedad. Dejando á un lado exageraciones políticas y sin salir de la esfera propia del jurista, la presente doctrina, áun cuando al parecer más racional, tiene los mismos vicios que la anterior; porque si por el trabajo se adquiere la propiedad, supónese necesariamente la comunidad de bienes en las primeras sociedades, bienes por nadie apropiados, y por consiguiente vuelve á aparecer la ocupacion, sin la cual (áun cuando no la consideren los partidarios de esta doctrina sinó como el primer hecho material necesario para adquirir la propiedad trasformada por el trabajo) no puede existir éste y por tanto resulta esta doctrina tan inadmisible como la anterior.

Desechados estos fundamentos por los autores, como ineficaces para que el derecho de uno fuese respetado por los demas, han buscado otros que llenasen ese requisito, diciendo unos que el verdadero fundamento de la propiedad era la ley, miéntras que otros han presentado como tal la convencion.

El primer error en que incurren los que fundan la propiedad en la ley, consiste en resolver dentro del terreno de esta última una cuestion que sólo puede tratarse en el terreno de los principios. ¿Qué es lo primero, la ley ó el derecho? Siempre el derecho precede á la ley; no se concibe ésta sin derecho que traducir y únicamente de este modo puede decirse si el precepto del legislador es ó no justo. Por consiguiente, ¿podrá fundarse la propiedad en lo que nunca pueda ser causa sinó expresion ó manifestacion del derecho ya existente?

Pero no es éste el único error en que incurren los partidarios de esta doctrina, dice Montesquieu: «Así como los hombres han renunciado á su independencia natural por vivir »bajo las leyes políticas, tambien han renunciado á la comunidad natural de los bienes, por »vivir bajo las leyes civiles. Por las primeras »leyes adquieren la libertad, por las segundas »la propiedad.» Semejante doctrina presupone la comunidad natural de bienes, y entra de lleno en las teorías que anteriormente hemos refutado; por tanto, excusamos insistir de nuevo sobre ellas.

¿Podrá ser la convencion el fundamento del derecho de propiedad? Para no alargar demasiado este comentario, sólo diremos que no hay el menor vestigio de semejante pacto, ni testimonio de ninguna clase que de una manera más ó ménos clara pruebe el acto de su celebracion. Pero es más: suponiendo posible la convencion, ¿puede comprenderse como verosímil el que la gran mayoría de los hombres optasen en el pacto por respetar la propiedad repartida entre unos pocos, á costa de la renuncia del derecho que como miembros de la comunidad tenían á todos los bienes?

No se comprende semejante aberracion, ni puede admitirse que la convencion, siendo impotente para explicar el fundamento del Derecho, sirva para dar idea de la propiedad.

Hé aquí las principales teorías acerca del fundamento de esta institucion. Algunas más se han presentado; pero ni éstas ni las analizadas han logrado dar solucion al problema, porque si bien se han ido acercando más ó ménos á la verdad conforme han ido apareciendo en la historia, les ha faltado todavía mucho para ser toda la verdad en este punto. Tales teorías consideraron la propiedad como un derecho derivado ó secundario, producto de un acto de la voluntad ó actividad humanas, y no tuvieron para nada en cuenta el derecho natural. En este derecho es donde hay que buscar el fundamento de la propiedad. Su nocion se relaciona con la idea general del derecho de tal modo, que viene á ser una expresion, un resultado del derecho mismo. Su base la encontramos en las necesidades del hombre: viene á ser el elemento de su personalidad; porque el hombre sin propiedad proporcionada á ésta y á aquéllas no podría existir. En tal concepto, la propiedad no es más que un derecho á las cosas que son medios necesarios de la existencia y libre desenvolvimiento del hombre; un dere-

cho, cuyo orígen se descubre en las mismas facultades humanas, puesto que dejaría de ser libre el hombre si no tuviera dominio sobre la naturaleza. La propiedad, pues, resulta inmediatamente de la naturaleza del hombre, no de contratos ó actos de la voluntad, como la ocupacion, convencion y otros.

Una vez sentados estos precedentes, entremos á estudiar las leyes que regulan esta materia, verdadero y más particular objeto de nuestro trabajo.

Poder que ome ha en su cosa de facer della o en ella lo que quisiere segund Dios e segund fuero, dicen las Partidas que es propiedad, equiparándola al dominio unas veces, llamándola señorío en otras, y usando en las más de ellas indistintamente como sinónimas las palabras propiedad y señorío.

Sin que entremos ahora á estudiar la diferencia que hay entre propiedad y dominio, cuestion que ha dividido á los intérpretes, diremos respecto á la definicion, que los tratadistas del Derecho Romano, agrupando los rasgos más característicos del dominio, han dado otra, diciendo que es «el derecho constituído en cosa »corporal, del cual nace la facultad de disponer »de ella y de vindicarla, á no ser que lo impida »la ley, el convenio y la voluntad del testador.» Se comprende que al dar una definicion cada escuela se exprese de distinto modo; pero es indudable que el uso que puede hacerse de las cosas ha de estar limitado por la naturaleza de las mismas y por las prescripciones legales, entre las cuales pueden comprenderse el pacto y la voluntad del testador. Por eso no podemos negar que esta última definicion tomada del Derecho Romano expresa con bastante claridad el concepto que debe tenerse del dominio, y evita la generalidad que se advierte en la de las Partidas.

Artículo 386.—Nadie podrá ser privado de su propiedad sinó por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnizacion.

Si no precediere este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesion al expropiado.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. I, Partida 2.ª
Ley 31, tít. XVIII, Partida 3.ª
Ley 5.ª, tít. I, lib. II, Fuero Juzgo.
Ley 3.ª, tít. IV, lib. III, Nov. Rec.
Art. 10 de la Constitucion de 1876.
Ley 10 Enero 1879.
Reglamento 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 545 Cód. Francia.—544 Holanda.—346 Vaud.—438 Italia.—489 Luisiana.—441 Cerdeña.—2171 Portugal.—Leyes 11 y 14, tít. XXXVIII, lib. IV, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 1.º Abril 1871.
Sent. 14 Octubre 1873.
Sent. 10 Julio 1876.

El conocimiento de cuestiones relativas á expropiacion, pertenece á la Administracion (Sentencias 7 Abril 1866 y 14 Febrero 1872).

Declarada de utilidad pública una obra en general, no se necesita declaracion especial para cada una de las expropiaciones (Sent. 30 Diciembre 1862).

Los hechos perturbadores del derecho de propiedad, sin la declaracion prévia de necesidad, constituyen despojo (Sent. 24 Julio 1863).

Siendo esenciales y debiendo preceder y acompañar al acto de la tasacion los requisitos y formalidades para la misma, la subsanacion posterior de la falta no basta para dar valor á lo que al principio fué defectuoso (Sent. 2 Enero 1869).

La expropiacion forzosa por causa de utilidad pública obliga á indemnizar, no sólo el valor de las fincas expropiadas, sinó el de los daños y perjuicios que se causen (Sent. 18 Noviembre 1869).

COMENTARIO

No deja de ofrecer gravedad la palabra expropiacion al lado de la de propiedad, mucho más cuando aquella obedece á un principio que, si parece justo tratándose del bien social, puede muchas veces, efecto de las circunstancias y de los tiempos, prestarse al abuso atacando á un derecho que lleva bastantes golpes recibidos, ya por ser feudal unas veces, ya por ser vincular otras, ya, en fin, por haber sido el blanco de algunas escuelas que querian negarlo.

No nos oponemos al principio legal establecido; pero sí hacemos estas reflexiones para manifestar que, si es conveniente todo lo que puede traer utilidad á la sociedad, no faltando á ningun derecho, sinó, por el contrario, reco-

nociéndolo en cada uno de los asociados, debe, sin embargo, procederse con cautela, cuando por la aplicacion de un principio mal entendido ó mal llevado á cabo, pueden echarse por tierra instituciones que tienen fundamentos tan profundos como la propiedad.

Sin duda por esto los legisladores, al decretar la expropiacion forzosa por causa de utilidad pública, han exigido condiciones sin las cuales no podía llevarse á cabo, reconociendo ante todo el derecho indisputable del hombre en su propiedad. Es necesario, pues, para que la expropiacion se lleve á cabo, solemne declaracion de que la obra proyectada es de utilidad pública; probarse la necesidad de enajenar el todo ó parte de una finca para ejecutar aquella obra; justipreciar lo que ha de enajenarse, y pagar el precio de la indemnizacion. Tales son las condiciones exigidas por nuestras leyes, de las cuales, así como de los muchos decretos publicados, derogando y restableciendo, segun los tiempos y circunstancias, no tratamos por pertenecer al Derecho administrativo.

Véase el apéndice.

CAPÍTULO II

DE LA ACCESION

DISPOSICION GENERAL

Artículo 387.—La propiedad de los bienes da derecho á todo lo que ellos producen, ó se les une é incorpora natural ó artificialmente.

Este derecho se llama de accesion.

ORÍGENES

Leyes del tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 3 Agosto 1866.
Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 546 Cód. Francia.—443 Italia.—347 Vaud.—222 Prusia.—490 Luisiana.—449 Cerdeña.—2289 Portugal.—869 Méjico.

JURISPRUDENCIA

Se puede gozar de todos los productos del suelo, cuando existe un absoluto y verdadero dominio no restringido de algun modo legal (Sent. 23 Mayo 1860).

COMENTARIO

Autores hay que considerando la accesion como modo de adquirir originario, en cuanto por ella se adquiere algo que no es de nadie, y derivativo porque supone necesariamente la existencia de propiedad, colocan entre los modos de adquirir, el derecho del propietario á todo lo que sus bienes producen ó se les une natural ó artificialmente. No parece destituído de fundamento este modo de pensar; pero nosotros, considerando la accesion como consecuencia inmediata del dominio, puesto que nada nuevo se adquiere, sinó que es una extension del derecho adquirido anteriormente sobre las cosas, vamos á tratarla en este lugar.

El principio capital que desde los tiempos más antiguos rige en esta materia, es que lo accesorio sigue á lo principal. El propietario de una cosa, por consiguiente, hace suyo todo lo que á ella se una, ya de un modo natural, ya artificialmente, conforme á las prescripciones marcadas en las leyes del tít. XXVIII, Partida 3.ª, y 13 de Junio de 1879, derogatoria en muchos puntos de la anterior.

Los autores han distinguido la accesion continua de la accesion discreta, comprendiendo en la primera la adquisicion de las cosas ajenas que se unen á las propias, y en la segunda la adquisicion de los frutos propios de la cosa. Nosotros trataremos de la accesion respecto del producto de los bienes, para pasar luégo á la que tiene lugar por incorporacion, primero en los bienes inmuebles, y segundo en los muebles.

CAPÍTULO III

DEL DERECHO DE ACCESION RESPECTO DEL PRODUCTO DE LOS BIENES

Artículo 388.—Pertenecen al propietario:
Primero. Los frutos naturales.
Segundo. Los frutos industriales.
Tercero. Los frutos civiles.

ORÍGENES

Leyes 20 á 23, tít. XXXI, Partida 3.ª
Ley 25, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 39 del mismo título y Partida.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 547 Cod. Francia.—444 Italia.—265, 266 y 570 Rusia.—223 Prusia.—404 Austria.—491 Luisiana.—450 Cerdeña.—628 Holanda.—472 Nápoles.—348 Vaud.—Leyes 9.ª y 11, párr. 1.º, tít. I, lib. VII; 29, tít. III, lib. V; 62, tít. I, lib. VI, Digesto, y párr. 37, tít. I, lib. II, Instituciones.

COMENTARIO

En las leyes citadas está admitida la distincion de frutos naturales, industriales y civiles; pero en ninguna de ellas se halla consignada tal cual nosotros la presentamos. Es division importante, porque comprende todos los productos que puede obtener el propietario de sus bienes, y á la vez sirve para marcar el derecho correspondiente segun la clase de frutos.

Ya en el Derecho Romano se encuentran vestigios de esta clasificacion; al admitirla nuestras leyes de Partida, no pudieron ménos de reconocer igual el derecho que todo propietario tiene á los productos de sus bienes, porque de otro modo, y haciendo por ahora caso omiso de las excepciones provenientes de la ley, ó de la voluntad que modifican la doctrina sentada, el derecho de propiedad sería ilusorio.

Artículo 389.—Son frutos naturales: las producciones espontáneas de la tierra, las crías y demas productos de los animales.

Son frutos industriales: los que producen las heredades ó fincas de cualquier especie, á beneficio del cultivo ó del trabajo del hombre.

Son frutos civiles: los alquileres de los edificios, los precios de los arrendamientos de tierras, y los productos de las rentas perpetuas ó vitalicias y otros análogos.

ORÍGENES

Ley 39, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Decision 28 Junio 1866.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 583 y 584 Cód. Francia.—558 Holanda.—508 y 509 Nápoles.—371 y 372 Vaud.—537 y 538 Luisiana.—Leyes 36 y 45, tít. I, lib. XXII, Digesto.

COMENTARIO

Hemos dicho que los frutos pertenecientes al propietario de un terreno pueden ser naturales, industriales y civiles. Se cuentan entre los primeros los productos que da la tierra espontáneamente esto es, *cuando fuessen de tal natura que non viniessen por labor de omes, mas por si se los diesse la heredad; asi como peras o manzanas, o cerezas, o nueces, o los frutos semejantes de estos, que han los arboles por si naturalmente, e sin labor de ome...* (Ley 39 citada). Ademas, las *vacas, o ovejas, o yeguas, o asnas, o las otras bestias, o ganados semejantes dellos, que dan fruto, decimos que el fruto que dellos saliere, debe ser de aquellos cuyas fuessen las hembras que los pariessen* (ley 25), doctrina que se explica perfectamente, porque la madre siempre es cierta y no se hace más que continuar la propiedad que el hombre tenía en el fruto ó cría miéntras estaba en el vientre de su madre.

En cuanto á los árboles debe tenerse en cuenta que, por decision de 28 de Junio de 1866, se declaró que no podían ser considerados como frutos de los montes para los efectos de la ley 39 citada de Partidas.

Los frutos industriales son los que provienen

de las tierras y heredades mediante el cultivo ó trabajo del hombre, y los civiles los que no provienen directamente de la cosa, sinó con ocasion de ella, ó en virtud de una convencion, de manera que las rentas, alquileres, etc., se cuentan como frutos civiles. Tal es la doctrina legal vigente respecto á la accesion discreta.

Artículo 390.—Los frutos que los bienes producen pertenecen al propietario, con la obligacion de abonar los gastos hechos por un tercero en su produccion, recoleccion ó conservacion.

ORÍGENES

Ley 39, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 548 Cód. Francia.—445 Italia.—515 Austria—349 Vaud.—493 Luisiana. —631 Holanda.—473 Nápoles.— 452 Cerdeña. Leyes 7.ª, tít. III, lib. XXIV; 51, tít. II, lib. X; 36, párr. V y 38, tít. III, lib. V, Digesto; 1.ª, tít. LI, lib. VII, Cód. Romano.

COMENTARIO

Se comprende perfectamente que si el propietario es dueño de sus fincas, tambien el hombre tiene una propiedad que siempre lleva consigo y que es tan productiva como aquélla, el trabajo. Por esto, la ley no ha podido ménos de reconocerla y declarar que es dueño de los gastos hechos en una heredad el que con su trabajo la ha hecho producir y ha contribuído á conservarla; doctrina que tendrá más amplia explicacion cuando tratemos del modo de indemnizar los gastos en la posesion.

Artículo 391.—No se reputan verdaderamente frutos los de árboles y viñas, sinó desde que están manifiestos ó nacidos. No necesitan este requisito para considerarse existentes los que proceden de sembrados, áun cuando no hubieren nacido.

ORÍGENES

Ley 10, tít. IV, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

Esta disposicion tiene por objeto señalar desde cuándo deben considerarse los frutos existentes, para el caso en que sea necesario partirlos entre los herederos, y teniendo en cuenta el distinto trabajo que exigen los sembrados y los árboles, mucho mayor en aquéllos que en éstos, declara el Fuero Real existentes los frutos de los primeros aunque no hayan nacido así como en los segundos no se tienen en cuenta miéntras no estén manifiestos.

CAPÍTULO IV

DEL DERECHO DE ACCESION RESPECTO DE LOS BIENES INMUEBLES

Artículo 392.—Lo edificado, plantado y sembrado en heredad ó finca ajenas, y las mejoras hechas en ellas, pertenecen al dueño de las mismas con sujecion á lo que se dispone en los artículos siguientes.

ORÍGENES

Leyes del tít. XXVIII, Partida 3.ª
Leyes 6.ª y 7.ª, tít. I, lib. X, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. IV, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto al fondo con: Art. 551 Cód. Francia.—457 Cerdeña.—351 Vaud.—643 Holanda.—476 Nápoles.—496 Luisiana.—2290 Portugal.

JURISPRUDENCIA

El principio de que lo edificado cede al suelo ha sido consignado en Sent. 24 Setiembre 1861.

Lo accesorio sigue siempre á lo principal, (Sent. 20 Junio 1868).

COMENTARIO

La plantacion, siembra y edificacion, llamadas accesiones industriales porque el trabajo del hombre tiene en ellas una gran parte, se hallan contenidas en el presente capítulo. Reconociendo la ley en el dueño del suelo derecho para hacer lo que quiera en él, segun el principio ge-

neral de que cede al suelo lo que se une al mismo, concede al propietario cuanto sobre su terreno edifique ó labre. Casi todos los Códigos han tenido en cuenta ese principio, y ejemplo de ello nos ofrecen las leyes 6.ª y 7.ª, tít. I, libro X del Fuero Juzgo, y la 1.ª, tít. IV, lib. III del Fuero Real, que más bien que como doctrina citamos como precedente.

En las dos primeras se establece que, si alguno plantare ó edificare en heredad ajena, no sabiendo que lo era y sin consentimiento del dueño, debía dar á éste otro tanto de la tierra que tomó, perdiéndolo todo si lo hizo por fuerza ó no estando el dueño en la tierra y sin su mandato. Lo mismo, poco más ó ménos, viene á decir el Fuero Real, y tal era el estado de nuestra legislacion en esta materia cuando vinieron las Partidas, en cuyo Código, como veremos en los artículos sucesivos, se trataron ampliamente las accesiones de los bienes inmuebles.

Artículo 393.—El que sembrare ó plantare en su propiedad con semillas ajenas y el que empleare materiales ajenos en la casa ó edificio que estuviere construyendo, adquiere la propiedad de unas y otros, ora haya obrado de mala ó de buena fe. Está, no obstante, obligado á pagar el valor de las semillas, en el primer caso, al dueño de las mismas, y el precio doblado de los materiales á su dueño en el segundo.

ORÍGENES

Ley 38, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 16, tít. II, Partida 3.ª
Ley 43, núm. 2, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 554 Cód. Francia.—449 Italia.—657 Holanda. — 499 Luisiana. — 354 Vaud.—417 Austria.—882 Méjico.—334 Prusia. —2304 Portugal.--479 Nápoles.--461 Cerdeña.— Párrafos 29, 31 y 32, tít. I, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

Conforme al principio de que lo accesorio sigue siempre á lo principal, y al que con tanto rigor seguía el Derecho Romano, de que cede al suelo lo que se une al mismo, las Partidas consignaron entre sus disposiciones la adquisicion del dominio por medio de la edificacion, plantacion y siembra hechas en terreno ajeno. Vamos á estudiar esta materia, segun se halla dispuesta en las leyes apuntadas, distinguiendo entre la buena ó mala fe que mediare al ejecutar las obras.

La ley 38 en su primera parte, sin hacer esa distincion, concede al dueño de un edificio la propiedad de los materiales ajenos que empleó en el mismo. Esto, como veremos tambien en otras leyes, tenía por causa el evitar las demoliciones de obras en bien del ornato público; pero no era justo despojar al dueño de los materiales de su propiedad, por seguir exageradamente tal ó cual principio de Derecho, y la ley, procurando dar á cada uno lo suyo, despues de conceder al dueño de la obra los materiales ajenos que en ella empleó, le exige entregue á su propietario el doble de su valor.

Antes de hacer ninguna consideracion respecto á lo establecido en esta ley, debemos estudiar lo que dispone la 16, tít. II, Partida 3.ª, que muy poco se diferencia de la anterior. Se establece en ella, que si alguno empleare en su casa materiales ajenos, los hace suyos, *porque las casas ó los edificios que los omes facen en las villas, non tan solamente se tornan en pro de sus señores*, *mas aun en fermosura comunalmente de los logares do son fechos*. Hasta aquí dice lo mismo que la anterior; pero luégo, distinguiendo la buena ó mala fe con que se haya obrado, impone en el primer caso, al dueño del edificio, la obligacion de pagar al de los meteriales el duplo de su valor, y en el segundo indemnizarle los daños y perjuicios que dijere bajo juramento haber recibido.

Si exigente parece la ley 38 al mandar la entrega del duplo como abono de los materiales empleados, aún lo es más la 16 al exigírselo sólo al que ha obrado de buena fe. Excesivo parece el pago del duplo cuando no se distingue entre la buena ó mala fe; pero todavía es ménos equitativo el exigirlo al que la ha tenido buena, porque es muy fácil, y en muchas ocasiones posible, que por indemnizacion de daños y perjuicios pague el de mala fe mucho ménos que el que la tuvo buena. Hoy el pago de ese duplo no se halla muy admitido en la práctica, y más justo nos parece que el dueño del edificio abone el precio de los materiales, indemnizando los daños y perjuicios cuando hubiere obrado con mala fe.

Lo mismo decimos respecto á lo que dispone la ley 43, igualmente citada. El que planta en su propiedad árboles ajenos los hace suyos, debiendo abonar su valor al dueños de ellos,

haya habido buena ó mala fe; de suerte, que aplicando lo anteriormente dicho, más equitativo sería exigir, en este último caso, indemnizacion de daños y perjuicios.

Artículo 394.—El que edificare ó plantare en heredad ajena creyéndola propia de buena fe, pierde lo que edificó ó plantó. El dueño de la heredad está obligado á abonarle los gastos que hubiere hecho.

ORÍGENES

Ley 41, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en el fondo con: Art. 555 Cód. Francia.—450 Italia.—660 Holanda.—418 Austria.—2306 Portugal.—Párr. 30, tít. I, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

A diferencia de las leyes anteriores, reconócese en la 41 el derecho del que ha obrado con buena fe. Naturalmente, no sería justo que por construir ó plantar en un terreno que se creyese bien adquirido, se despojase al que de tan buena fe obró, para dar al propietario, que quizas por su incuria dió lugar á que en dicho terreno trabajase otro, una propiedad de la que su dueño creyó hacer buen uso. Por esta razon, la ley, siguiendo el equitativo principio de que nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro, impone al dueño del suelo la obligacion de pagar al que labró ó edificó todos los gastos. La presente disposicion parece más equitativa que las anteriores.

Artículo 395.—El que edifica ó planta de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado y plantado, sin que tenga derecho á reclamar al dueño del suelo gastos ni indemnizacion.

ORÍGENES

Ley 42, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 43, núm. 1.º del mismo título y Partida.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. 30, tít. I, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

Consecuencia lógica de lo consignado en el anterior artículo es lo dispuesto en éste, porque si con arreglo á la buena fe del que plantó ó edificó en terreno ajeno, deben satisfacérsele los gastos hechos, no merece tal indemnizacion el que obró con mala fe. Conociendo la pertenencia ajena del terreno, y, por consiguiente el ningun derecho para obrar en él, es justo pierda lo que parece quiso donar procediendo de aquel modo.

Artículo 396.—Los árboles cuyas raíces se extiendan por heredad ajena, serán del dueño de ésta, áun cuando las ramas estén sobre propiedad del que los plantó, y si las raíces estuviesen en ambas heredades, el árbol ó árboles serán en comun de los dueños de ellas.

Cuando las ramas del árbol se extendieren sobre heredad ajena, tendrá derecho el dueño de aquél de penetrar en ésta, para recoger la fruta que en la misma hubiere caído.

Los frutos del árbol ó árboles situados en heredad perteneciente á varios dueños, se partirán entre los mismos, en proporcion á la parte que cada cual tenga en dicha heredad.

ORÍGENES

Ley 43, núm. 3.º, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 18, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 15, tít. IV, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con la ley única, título XXVIII, lib. XLIII, Digesto.

COMENTARIO

Las Partidas, para declarar á quién pertenece la propiedad de los árboles, se rigen por la del suelo donde han crecido las raíces; de manera que segun la direccion que éstas tomen, así será de unos ú otros la propiedad de los árboles situados en heredades colindantes. Se considera, por tanto, como lo principal lo unido al suelo, por lo mismo que del suelo toman las plantas su sustancia, por cuya razon serán éstas, así como los árboles, del dueño en cuya heredad estuvieren las raíces.

Otras leyes, siguiendo la misma doctrina, han declarado que tiene derecho el dueño del árbol inclinado sobre heredad ajena, á penetrar en

ella para coger los frutos desprendidos, derecho que puede ejercitarse durante tres días y que es una consecuencia de lo dispuesto en la ley anterior. No ha sido considerado por todos los autores como única doctrina admisible la adoptada por las Partidas, dando algunos preferencia sobre las raíces de los árboles á las ramas y el tronco de los mismos; con arreglo á los cuales y á la direccion que tomasen, creen aquéllos debían marcarse los derechos; pero la ley es terminante y de ella no podemos separarnos.

Artículo 397.—El álveo ó cauce natural de las corrientes discontinuas formadas con aguas pluviales, es el terreno que aquéllas cubren durante sus avenidas ordinarias en los barrancos ó ramblas que le sirven de recipiente.

ORÍGENES

Art. 28 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 380, párr. 3.°, Código Portugal.

Artículo 398.—Son de propiedad privada los cauces á que se refiere el artículo anterior, que atraviesa fincas de dominio particular.

ORÍGENES

Art. 29 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 399.—Son de dominio público los cauces que no pertenecen á la propiedad privada.

ORÍGENES

Art. 30 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 400.—El dominio privado de los álveos de aguas pluviales no autoriza para hacer en ellos labores ni construir obras que puedan hacer variar el curso natural de las mismas en perjuício de tercero, ó cuya destruccion por la fuerza de las avenidas pueda causar daño á predios[1], fábricas ó establecimientos, puentes, caminos ó poblaciones inferiores.

ORÍGENES

Art. 31 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 401.—Alveo ó cáuce natural de un arroyo ó río es el terreno que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias.

ORÍGENES

Art. 32 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 402.—Los álveos de todos los arroyos pertenecen á los dueños de las heredades ó de los terrenos que atraviesan, con las limitaciones que establece el art. 400 (31 de la ley) respecto de los álveos de las aguas pluviales.

ORÍGENES

Art. 33 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 403.—Son de dominio público:

Primero. Los álveos ó cauces de los arroyos que no se hallen comprendidos en el artículo anterior.

Segundo. Los álveos ó cauces naturales de los ríos en la extension que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias.

ORÍGENES

Art. 34 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 404.—Se entiende por riberas las fajas laterales de los álveos de los ríos comprendidos entre el nivel de sus bajas aguas y el que éstas alcancen en sus mayores avenidas ordinarias, y por márgenes las zonas laterales que lindan con las riberas.

ORÍGENES

Art. 35 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 405.—Las riberas, áun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extension y las márgenes en una zona de tres metros, á la servidumbre de uso público en interes general de la navegacion, la flotacion, la pesca y salvamento.

Sin embargo, cuando los accidentes del terreno ú otras legítimas causas lo exigiesen, se ensanchará ó estrechará la zona de

esta servidumbre, conciliando en lo posible todos los intereses.

El Reglamento determinará en qué casos y en qué forma podrán alterarse las distancias marcadas en este artículo.

ORÍGENES

Art. 36 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 406.—Alveo ó fondo de los lagos, lagunas ó charcas, es el terreno que en ellas ocupan las aguas en su mayor altura ordinaria.

ORÍGENES

Art. 37 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 407.—Corresponden á los dueños de las fincas colindantes los álveos de los lagos, lagunas ó charcas que no pertenezcan al Estado, á las provincias ó los municipios, ó que por título especial de dominio sean de propiedad particular.

ORÍGENES

Art. 38 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 408.—Las orillas de los lagos navegables que se hallen cultivadas, están sujetas á la servidumbre de salvamento en caso de naufragio, en los términos establecidos en la ley de puertos respecto de las heredades limítrofes al mar, y á la de embarque y desembarque, depósito de barcos y demas operaciones del servicio de la navegacion en los puntos que la autoridad designe.

ORÍGENES

Art. 39 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

La ley de aguas, despues de haber resuelto la cuestion referente al dominio de las mismas, tuvo que resolver igualmente la que se refiere al de los cauces. Era necesario, para las accesiones, fijar las reglas á que había de ajustarse el dominio de las aguas pluviales que discurren por cauces, ríos, arroyos, etc., y por eso en los artículos precedentes, encontrándose muchas dificultades para fijar un principio absoluto que sirviera de base para resolver la cuestion, distingue la ley los álveos ó cauces públicos de los privados, rigiéndose por el criterio de la posesion, y declara que pertenecen al dominio público todos los que no sean de propiedad particular, y á ésta todos los que estén poseídos legítimamente, entendiéndose legítima la posesion cuando haya durado el tiempo exigido por la ley para que prescriban las cosas inmuebles de ausentes.

No era tan fácil para la ley el fijar á quién pertenece el dominio de las riberas, por eso, despues de haber distinguido los arroyos de los ríos, considerando los primeros públicos ó privados, segun el terreno por donde pasen, y los segundos como públicos, pasa á definir las riberas de los últimos, respetando con el silencio lo dispuesto sobre su dominio por las leyes de Partida, sin introducir otra variacion ni poner más limitaciones que la servidumbre de tres metros de zona para uso público, sin perjuicio de ensancharla ó estrecharla cuando lo exigieren los accidentes del terreno. Conforme, pues, á aquellas leyes, no hay inconveniente en admitir el dominio público de los ríos, reconociendo á la vez la propiedad particular de los terrenos colindantes, para ejercer todos aquellos actos que caben dentro del uso natural de los cosas públicas. Nada más decimos sobre este punto, tratado ya al hablar de la division de los bienes, donde quedan apuntadas las leyes de Partida á que nos hemos referido.

Artículo 409.—Los terrenos que fueren accidentalmente inundados por las aguas de los lagos ó por los arroyos, ríos y demás corrientes, continuarán siendo propiedad de sus dueños respectivos.

ORÍGENES

Ley 32, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 14, núm. 5, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
Art. 40 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda en el fondo con: Art. 558 Código Francia, en su segundo párr.—467 Cerdeña.—503 Luisiana.—483 Nápoles.—653 Holanda.

COMENTARIO

El Fuero Real y las Partidas consignaban la

misma disposicion que hoy vemos vigente en el art. 40 de la ley de aguas. Las inundaciones, como fenómenos extraordinarios, nada influyen para alterar los derechos del dominio. Tanto por dichos Códigos, como por la ley de 13 de Junio de 1879, el dueño de las tierras inundadas sigue siéndolo como ántes de haberse inundado, aunque momentáneamente pierda la posesion natural de ellas. Puede, por tanto, venderlas y hacer todo lo que las leyes conceden al propietario, tanto despues como ántes de la inundacion.

Artículo 410.—Los cauces de rios que queden abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen á los dueños de los terrenos en toda su longitud respectiva. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras.

ORÍGENES

Ley 31, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 14, núm. 4, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
Art. 41 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 411.—Cuando un río navegable ó flotable, variando naturalmente de direccion, se abra un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en el dominio público. El dueño de la heredad lo recobrará, siempre que las aguas volviesen á dejarlo en seco, ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto.

ORÍGENES

Art. 42 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. 23, tít. I, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

Las disposiciones contenidas en estos dos artículos, copiadas del Fuero Real y las Partidas, se separan de lo que sobre la materia establecen los Códigos extranjeros y el Proyecto de Código civil. El derecho patrio concedía á los dueños de los terrenos colindantes con los rios la propiedad del cauce que por la variacion de curso de las aguas había quedado seco.

El Código Frances y el Proyecto de Código, como indemnizacion por los perjuícios causados á los propietarios de los terrenos por donde las aguas se abren nuevo cauce, conceden á dichos dueños la propiedad del cauce que queda seco. Nuestra ley de aguas, teniendo en cuenta lo muy dividida que está la propiedad en nuestra patria, lo poco caudalosos que son los ríos, las dificultades inmensas á que daría lugar, tanto la division del cauce seco, proporcionalmente al valor de las fincas por donde nuevamente corren las aguas, como el señalamiento de paso para los propietarios del cauce antiguo, el poco provecho que de éste puede sacarse, mucho más cuando se halla distante del resto de la propiedad, ha consignado lo mismo que se hallaba establecido en el Fuero Real y las Partidas. Por consiguiente, desde el momento que las aguas de un río se abran nuevo cauce por otro lado, el antiguo se dividirá entre los dueños de los terrenos colindantes; pero en la contingencia de que las aguas volvieran á correr por su primitivo cauce, se reintegrarán en su propiedad los que ántes la habían perdido.

Despues de lo dicho, fácilmente se comprende que si el río cambia de direccion, hace cambiar igualmente los derechos respecto al terreno por donde nuevamente corre, de modo que así como el antiguo cauce pasa á ser de propiedad particular, el nuevo entra en el dominio público.

Artículo 412.—Los cauces públicos que queden en seco á consecuencia de trabajos autorizados por concesion especial, son de los cocesionarios, á no establecerse otra cosa en las condiciones con que aquélla se hizo.

ORÍGENES

Art. 43 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

No cabe el derecho de accesion cuando el cauce de un río queda seco á consecuencia de trabajos autorizados por concesion especial, porque si dicho cauce se hace propio del dueño á cuyo terreno se incorpora por abandono de las aguas, no cabe esa incorporacion cuando el terreno es ya de propiedad concedida para ciertos trabajos y determinados usos.

Artículo 413.—Cuando la corriente de un

arroyo, torrente ó río, segrega de su ribera una porcion conocida de terreno, y lo trasporta á las heredades fronteras ó á las inferiores, el dueño de la finca que orillaba la ribera segregada conserva la propiedad de la porcion del terreno trasportado.

ORÍGENES

Ley 26, núm. 3, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Art. 44 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 559 Cód. Francia.—358 Vaud.—484 Nápoles.—468 Cerdeña.—504 Luisiana.—Párr. 2.º, ley 7.ª, tít. I, lib. XLI, Digesto.

COMENTARIO

El terreno segregado por la impetuosa corriente de un río y trasportado á heredades inferiores ó fronteras, decían las Partidas y dice la ley de aguas que sigue siendo de su dueño; pero hay una diferencia entre ambas leyes, y es que la segunda no dice más, y la de Partida añade que seguirá siendo del mismo dueño, *fueras si estuviesse y por tanto tiempo, que raigasen los arboles en las heredades de aquellos a quien se ayuntasen, ca estonce ganaria el señorio dellos el dueño de la heredad do raigasen.* Establece, como vemos, un plazo durante el cual el dueño del terreno segregado puede reclamar; plazo que concluye cuando los árboles en dicho terreno trasportados, extienden sus raíces por la heredad á que aquél se unió. Esto es justo y de esta manera se castiga la incuria del que deja pasar el tiempo sin reclamar lo suyo; pero no deja de ser muy raro que la ley obligue despues al dueño adquirente á indemnizar al otro el menoscabo. Tal es, sin embargo, la doctrina, y por tanto desde el momento que hay union perfecta del terreno segregado á otro inferior, pierde su propiedad el dueño del primero, debiendo ser indemnizado por el del segundo.

Artículo 414.—Si la porcion conocida de terreno segregado de una ribera queda aislada en el cauce, continúa perteneciendo incondicionalmente al dueño del terreno de cuya ribera fué segregada.

Lo mismo sucederá cuando dividiéndose un río en arroyos, circunde y aisle algunos terrenos.

ORÍGENES

Ley 28, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 14, núm. 3, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
Art. 45 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto á la última parte con: Art. 562 Cód. Francia.—645 Holanda.—487 Nápoles.—361 Vaud.—472 Cerdeña.—509 Luisiana.—460 Italia.—2296 Portugal.—Párr. 4.º, ley 7.ª, tít. I, lib. XLI, Digesto.—22, tít. I, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

Este artículo en su primera parte es lo mismo que el anterior; la porcion conocida de terreno segregado de una ribera, sigue siendo de su dueño, y por tanto lo mismo sucederá cuando el río deje aislado un terreno por dividirse en un punto, volviéndose á unir más abajo. El Fuero Real decía, que el terreno de esa manera rodeado por las aguas, no debía considerarse como isla y seguía perteneciendo al primitivo dueño. La misma disposicion se halla consignada en las Partidas, áun cuando juzgan como isla á dicho terreno. Y por último, tampoco podía expresarse de otra manera el art. 45 de la ley de aguas; porque bastante pérdida tiene el dueño con ver sus fincas en parte inundadas, para que la ley trate de quitarle el más pequeño derecho en la otra parte.

Artículo 415.—Las islas que por sucesiva acumulacion de arrastres superiores se van formando en los ríos, pertenecen á los dueños de las márgenes ú orillas más cercanas á cada una, ó á las de ambas márgenes, si la isla se hallase en medio del río, dividiéndose entónces longitudinalmente por mitad. Si una sola isla así formada distase de una márgen más que de otra, será únicamente y por completo dueño suyo el de la márgen más cercana.

ORÍGENES

Ley 14, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
Art. 46 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 561 Cód. Francia.—486

Nápoles.—360 Vaud.—470 Cerdeña.—644 Holanda.—507 Luisiana.—Párr. 22, tít. I, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

La misma disposicion que consignaba el Derecho Romano respecto á las islas formadas nuevamente en los ríos, se halla copiada en el Fuero Real y en la ley de aguas. Si la isla está situada en medio del río, pertenece por mitad á los dueños de ambas riberas, y si está más próxima á una de éstas, pertenece por entero á su dueño. Las Partidas, que en principio admitían el mismo derecho de accesion, fueron modificadas ya por la ley de 3 de Agosto de 1866, confirmada por la vigente de 13 de Junio de 1879, en cuanto al modo de dividir dichas islas entre los dueños de ambas riberas. Decía el Código Alfonsino que la isla se dividía por mitad cuando estaba en medio; era del dueño de una ribera por entero cuando estuviese en la mitad á ella unida; pero si no estuviere completamente en medio, ni á un lado, sinó que una parte de ella ocupase el centro del río, debía dividirse partiendo de la línea trazada por la mitad del mismo, de modo que á cada ribera tocase la porcion de terreno que en cada mitad hubiere.

Esta division naturalmente ofrecía grandes dificultades para llevarla á cabo en terrenos que por tratarse de ríos tan poco caudalosos como los nuestros, han de ser de corta extension, y por tanto, poco provechosos, razon por la cual la ley de aguas, separándose de lo dispuesto en las Partidas, adjudica la isla por entero al dueño de la ribera á que se halle más próxima.

Artículo 416.—Pertenece á los dueños de los terrenos confinantes con los arroyos, torrentes, ríos y lagos, el acrecentamiento que reciban paulatinamente por la accesion ó sedimentacion de las aguas. Los sedimentos minerales que como tales se hubiesen de utilizar, habrán de solicitarse con arreglo á la legislacion de minas.

ORÍGENES

Ley 26, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Art. 47 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 556 Cód. Francia.—481 Nápoles.—356 Vaud.—465 Cerdeña.—651 Holanda.—501 Lusiana.—Párr. 1.º, Ley 7.ª, tít. I. lib. XLI, Digesto.

COMENTARIO

Ha sido combatido por algunos autores el derecho de accesion, mediante el cual se adquiere lo que paulatina é insensiblemente se agrega á un terreno por la corriente de las aguas, derecho reconocido desde los tiempos más antiguos y consignado en todas las legislaciones. Pero no es la razon de antigüedad la que puede aducirse en favor de esta clase de accesion; no hace falta ir tan léjos para ver la justicia de un derecho concedido por la misma razon que se puede perder. En efecto, el dueño de un terreno próximo á un río se halla siempre expuesto á que la corriente de las aguas vaya segregando insensiblemente porciones de su propiedad, ó tambien á que por inundacion se esterilicen parte de sus terrenos, y por tanto, justo es compensar al dueño de ellos con el derecho de hacer suyo lo mismo que puede perder á cada momento.

Por otra parte, lo segregado por la corriente de las aguas de esta manera, son porciones insignificantes cuyos dueños no pueden ser conocidos, porciones que llegando á formar un terreno de cierta extension, de nada serviría para la agricultura quedando yermo y estéril, si por un principio mal entendido, se negase el derecho de utilizarlo al dueño de la propiedad á que se habían unido. Hé aquí las razones que han tenido las leyes para dar cabida á esta clase de accesion. Tratándose de las orillas del mar ó playas, nuestras leyes establecían idéntico principio; pero la ley de 7 de Mayo de 1880 ha dispuesto lo contrario, como veremos oportunamente.

CAPÍTULO V

DEL DERECHO DE ACCESION RESPECTO DE LOS BIENES MUEBLES

Artículo 417.—Cuando dos cosas muebles, pertenecientes á distintos dueños, se unen de tal manera que forman una sola, sin que puedan separarse, el propietario de la principal, si obra de buena fe al unirlas, adquiere la accesoría indemnizando su valor á su dueño.

ORÍGENES

Ley 35, núm. 2, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 566 Cód. Francia que dispone lo mismo áun en el caso de ser las cosas separables.—491 Nápoles.—477 Cerdeña.—513 Luisiana.—Leyes 23, párr. 2.º, tít. I, lib. VI, y 26, párr. 1, tít. I, lib. XLI, Digesto.

COMENTARIO

La accesion en los bienes muebles puede tener lugar: 1.º, por adjuncion, 2.º, por conmistion, y 3.º por especificacion; nomenclatura que áun cuando no es de ley, ha sido muy admitida en la práctica, porque facilita mucho su estudio. Ante todo conviene advertir que no cabe accesion en los objetos muebles unidos, cuando pueden separarse sin deterioro; es necesario, pues, que una vez unidos, formen un solo cuerpo ó no puedan volver á su primitivo ser sin deteriorarse, en cuyo caso el principio general que en esta materia rige es que lo accesorio sigue á lo principal.

La primera clase de accesion, llamada por adjuncion, tiene lugar, segun hemos dejado apuntado, cuando dos cosas muebles pertenecientes á distintos dueños se unen de tal manera que no pueden separarse. Esto puede hacerse por *inclusion*, como por ejemplo, si un diamante de un dueño se engasta en anillo de otro; por *soldadura*, como si á una estatua se le pusiera un brazo de otra de diferente dueño; por *tejido*, si se hace tela con hilo ajeno, y por *escritura* ó *pintura* hecha en papel ó lienzo ajenos.

La ley en el caso presente dispone que, unidas dos cosas ajenas de modo que no puedan separarse, el dueño de la principal, si obró de buena fe al unirlas adquiere la accesoria indemnizando á su dueño lo que valiere; indemnizacion que responde al principio de que nadie puede enriquecerse con perjuício de otro. Ahora bien, ¿qué entendemos por cosa principal y qué por accesoria? Hemos dejado dicho en otro lugar, que son cosas principales las que subsisten por sí sin necesidad de unirse á otras, y accesorias las que se unen á aquéllas para su servicio y adorno; pero esta definicion general, no puede sacarnos de dudas en los muchos casos particulares que se nos pueden presentar, y por eso conviene fijar mejor la diferente naturaleza de esas dos clases de cosas. No hay duda sobre cuál será la principal y cuál la accesoria cuando se trate del caso de la ley, á saber, cuando á una imágen se le une un brazo de otra que pertenece á diferente dueño; pero puede tratarse de objetos que subsistan por si sin necesidad de unirse á otros, y entónces no habrá otro medio para distinguirlas que acudir al mayor ó menor valor en unos casos, á la magnitud en otros, y por último, al precio, que si resultare en ambas cosas ser igual, ninguno de sus dueños debe ser preferido. Esta es la única solucion posible en esta materia; por lo demas, lo dispuesto en la ley objeto de este comentario, es justo y equitativo; porque si con arreglo á un principio, el dueño de lo principal adquiere lo accesorio obrando de buena fe, con arreglo tambien á otro principio, el dueño de lo accesorio debe ser indemnizado, para que en perjuicio suyo no se enriquezca el de lo principal.

Artículo 418.—Lo escrito en papel ajeno es del dueño de éste, el cual indemnizará al escritor siempre que hubiere obrado de buena fe; nunca en el caso contrario.

El pintor ó escultor que para su trabajo hubiere empleado lienzo ó material ajenos,

los hace suyos indemnizando el valor á su dueño, si aquél obró de buena fe; en otro caso el dueño del material adquiere la propiedad del trabajo hecho por el primero.

ORÍGENES

Leyes 36 y 37, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda el segundo párrafo con el 34, título I, lib. II, Instituciones.

COMENTARIO

Por la primera de estas leyes, el dueño del papel hace suyo lo que otro escribió en el mismo, indemnizando el valor del escrito si éste lo hizo de buena fe; pero no en el caso contrario, á no ser que se le hubiera ofrecido el precio. Considérase en esta ley como principal el papel y como accesorio el escrito, sin duda porque el Derecho Romano al designar por lo principal lo que subsiste por sí, no podía atribuirse esta cualidad á la escritura, que no se concibe sin una materia donde exista; pero prescindiendo de esto, no cabe considerar como accesorio del papel lo escrito, pues no se escribe para uso y adorno de aquella materia, sinó que ésta se emplea como medio. Es raro que en Roma, donde tantas excepciones admitía su Derecho, no se consignara una á favor de la escritura; sin duda fué la causa de esta disposicion, como dice el Sr. Gutierrez, el no hacer al dueño del papel dueño tambien de las ideas en él consignadas, sinó el conservar y trasmitir por medio del único medio entónces conocido las producciones.

En cuanto á la pintura y escultura, no se dispone lo mismo: el que pintó en tabla ó lienzo ajeno creyéndolo propio de buena fe, adquiérelo indemnizando su valor al dueño; pero si lo hizo de mala fe pierde su obra, porque como la misma ley dice, al hacerlo sabiendo que la materia no le pertenecía, dió á entender quería donar un trabajo al dueño de la última. No creyeron los legisladores romanos y de las Partidas que debía posponerse el arte, dando más importancia á la materia donde el pintor ó escultor habían mostrado su inspiracion, y por lo mismo nos extraña cómo en favor de la escritura no se pensó de la misma manera, porque no vale más el papel que la *Iliada* ó *Eneida* en él estampada.

Artículo 419.—Cuando las cosas unidas pueden separarse sin detrimento y subsistir independientemente, pueden los dueños exigir su separacion, haya habido buena ó mala fe.

ORÍGENES

Ley 35, núm. 1.º, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 363 Cód. Vaud.—2300 Portugal, que adjudica á cada dueño su cosa cuando cabe separacion, previa indemnizacion de daños y perjuícios si medió mala fe.—Ley 23, párr. 5.º, tít. I, lib. VI, Digesto.

COMENTARIO

Dice la ley de Partida, que pueden los dueños de dos cosas unidas llevarse cada uno la suya, cuando admiten separacion sin deterioro de ninguna de ellas, haya habido buena ó mala fe. El ejemplo que á la vez sirve de precepto legal, explica claramente esta regla: al vaso de oro ó plata, puede separársele perfectamente el pié que se le ha unido, cuando la union tuvo lugar por soldadura hecha con plomo. De manera que en este caso, áun mediando mala fe, cada dueño lleva lo suyo porque falta la adjuncion.

Artículo 420. — Verificada la incorporacion de las cosas por el dueño de la accesoria, la pierde si obró de mala fe; y será indemnizada por el dueño de la principal en el caso contrario.

ORÍGENES

Ley 35, núm. 3, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

El art. 577 Cód. Francia declara responsable de los daños y perjuícios al que á sabiendas usó de la materia ajena, sin perjuício de la vía criminal segun las circunstancias. Siguen al artículo frances los arts. 502 Cód. Nápoles.—487 Cerdeña.—524 Luisiana.

COMENTARIO

Diferente disposicion consigna la ley cuando fueron unidas las cosas por el dueño de la accesoria obrando de mala fe, en cuyo caso, puedan ó no separarse aquéllas, son del dueño de la principal, porque se supone que quiso regalarle

la suya al que las unió. Pero si éste obró de buena fe, tiene derecho á ser indemnizado ó á la devolucion de lo suyo, porque nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro.

Artículo 421.—El dueño de una cosa no la pierde porque un tercero de buena ó mala fe, pero sin consentimiento de aquél, la confunda con otra suya.

ORÍGENES

Ley 34, núm. 1.º, tít. XXVIII, Partida 3.ª

COMENTARIO

La mezcla de cosas pertenecientes á distintos dueños es lo que constituye la conmistion. Como verdadera accesion no puede ser considerada, desde el momento que entre los objetos mezclados no hay diferencias que den á conocer cuál es lo principal y cuál lo accesorio, y por tanto, no rige aquí el principio de que lo accesorio sigue á lo principal.

Dicen los autores que puede hacerse esa mezcla, bien de objetos sólidos, por *conmistion*, bien líquidos ó por *confusion*; pero donde verdaderamente existe esta última, es en este modo de distinguir, que ni es legal, ni sirve para otra cosa que para aumentar dificultades.

La ley 34, en su primer párrafo, trata del primer caso de conmistion que puede presentarse, á saber, la mezcla de dos objetos correspondientes á distintos dueños, hecha por voluntad de uno de ellos, y dispone que si la hizo sin consentimiento del otro, no pierde éste su propiedad, sin que se tenga en cuenta para nada la buena ó mala fe de aquél. Nada más dice la ley, cuya vaguedad ciertamente no servirá para resolver los muchos casos que pueden presentarse, por lo cual no hallamos inconveniente en que si las cosas mezcladas pueden separarse, cada dueño lleve la suya, y si esto no fuere posible, cobre el precio de lo suyo el que no intervino en la mezcla, á no ser que prefiriese dividir lo mezclado. Esta es la resolucion que, ajustada á los buenos principios de Derecho, admiten los autores.

Artículo 422.—Mezclándose dos ó más cosas de manera que no puedan separarse, ya por voluntad de sus respectivos dueños ó por casualidad, es comun de ellos la mezcla resultante; pero si las cosas pudieran separarse, cada uno adquiere lo suyo.

ORÍGENES

Ley 34, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 573 Cód. Francia.—498 Nápoles.—483 Cerdeña.—520 Luisiana.—Párrafo 27, tít. I, lib. II, Instituciones.—Ley 5.ª, tít. I, lib. VI, Digesto.

COMENTARIO

Los otros dos modos de verificarse la accesion por conmistion tienen lugar cuando la mezcla de los objetos se hace con voluntad de ambos dueños, y cuando se verifica por casualidad. En ambos casos dice la ley que la mezcla de esas cosas, ya sean áridas ó líquidas, fungibles ó no fungibles, se hace comun, partiéndose entre los dueños, segun hayan convenido, ó en proporcion á la cantidad y calidad de la materia propia de cada uno. Esto, por supuesto, si las cosas mezcladas no pueden separarse, porque en el caso contrario, dice la ley que cada uno tiene derecho á lo suyo, precepto innecesario, porque en este caso no hay verdadera mezcla, y por tanto tampoco accesion.

Artículo 423.—Formada una nueva especie con otra que pertenezca á distinto dueño, no pudiendo reducirse á su primitivo estado, la adquiere el que la hizo de buena fe pagando al dueño de la materia empleada su estimacion. Cuando hubiere mediado mala fe, pierde el especificante la cosa y la obra, y si la nueva especie pudiera reducirse á su primitivo estado, se practicará así.

ORÍGENES

Ley 33, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primer párrafo con: Art. 661 Cód. Holanda.—2302 Portugal.—Párr. 25, tít. I, lib. II, Instituciones.—En cuanto al segundo con Ley 12, párr. 3.º, lib. X, Digesto.

COMENTARIO

La ley 33 comprende lo que hemos llamado *especificacion*, mediante la cual, con objetos pertenecientes á otras personas, se forma una nueva sustancia. En el primer párrafo de la ley se concede la propiedad de ella al que la hizo

con buena fe, obligándole á indemnizar á su dueño el precio de la materia empleada, si la nueva especie no puede volver á su primitivo estado, pues si esto fuere posible, tiene derecho el dueño á recobrar su propiedad, segun se preceptúa en el segundo párrafo. Y por último, en el tercero se castiga al que obró de mala fe con la pérdida de su obra y gastos en ella invertidos.

Como se ve, la distincion entre la buena y mala fe es la que sirve de base para marcar los derechos; pero ocurre una duda cuando se trata de averiguar qué es lo accesorio y qué lo principal en la formacion de una nueva sustancia con otras ya existentes. ¿A qué podemos llamar lo principal en este caso, á la materia ó á la forma? Conocidas son las dos distintas maneras de pensar de Sabinianos y Proculeyanos en Roma. Para aquéllos era dueño de la mesa el propietario del árbol con cuya madera se construyó, porque sin la madera no puede existir la mesa. Para los segundos desaparece la propiedad de una cosa cuando se trasforma en una nueva sustancia; sin la forma no puede existir ningun objeto.

Los unos consideraban la materia como lo principal, y los otros la forma, entre cuyos sistemas parécenos mejor el de las Partidas que, tomando por base la buena ó mala fe, determinan los derechos de cada uno; pero es lástima que al redactar la disposicion del Código Alfonsino no se tuviera tambien en cuenta el mayor ó menor valor material y artístico de las cosas y de la forma, para evitar los muchos inconvenientes que produce el seguir aquella sola regla en materia donde se presentan tantos y tan diversos casos.

TÍTULO III

DE LAS DIVERSAS CLASES DE PROPIEDAD QUE REVISTEN CARACTÉRES ESPECIALES

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

SECCION PRIMERA

DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Artículo 424.—La propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta ley, las obras científicas, literarias ó artísticas que pueden darse á luz por cualquier medio.

ORÍGENES

Art. 1.º Ley de Propiedad Intelectual 10 Enero 1879.

COMENTARIO

La propiedad intelectual, tan sagrada cuando ménos como cualquiera otra, exige el amparo de la ley, á fin de evitar las defraudaciones que, por la índole especial que reviste esta propiedad, son sumamente fáciles, y áun pudiéramos decir frecuentes.

No todos los autores opinan de este modo, pues algunos suponen que el autor de un libro ú obra artística solamente goza de un privilegio ó concesion de la ley. Así se ha expresado Mr. Renouard en su *Traité des droits des auteurs*, diciendo ademas, que las obras de la inteligencia no son más que combinaciones del pensamiento, y éste se evade de toda apropiacion exclusiva.

La generalidad de los autores reconocen, sin embargo, que el autor ejercita un verdadero derecho de propiedad con todos los caractéres del mismo, y las leyes de todos los pueblos han adoptado este mismo criterio.

Esto no obstante, el derecho este ha sufrido grandes limitaciones. En Inglaterra y Holanda se concedió la propiedad literaria perpetuamente; pero más tarde estos dos países amoldaron su legislacion á la de los demas pueblos, y consignaron un término en el cual llega la obra á hacerse del dominio del público.

Artículo 425.—La propiedad intelectual corresponde:

Primero. A los autores respecto de sus propias obras.

Segundo. A los traductores respecto de su traduccion si la obra original es extranjera y no lo impiden los convenios internacionales, ó si siendo española, ha pasado al dominio público, ó se ha obtenido en caso contrario el permiso del autor.

Tercero. A los que refunden, copian, extractan, compendian ó reproducen obras originales respecto de sus trabajos, con tal que siendo aquéllas españolas se hayan hecho éstos con permiso de los propietarios.

Cuarto. A los editores de obras inéditas que no tengan dueño conocido, ó de cuales-

quiera otras tambien inéditas de autores conocidos que hayan llegado á ser de dominio público.

Quinto. A los derecho-habientes de los anteriormente expresados, ya sea por herencia, ya sea por cualquier otro título traslativo de dominio.

ORÍGENES

Art. 2.° Ley Prop. Int.

Artículo 426.—Los beneficios de esta ley son tambien aplicables:

Primero. A los autores de mapas, planos ó diseños científicos.

Segundo. A los compositores de música.

Tercero. A los autores de obras de arte respecto á la reproduccion de las mismas por cualquier medio.

Cuarto. A los derecho-habientes de los anteriormente expresados.

ORÍGENES

Art. 3.° Ley Prop. Int.

Artículo 427.—Alcanzan asimismo los beneficios de esta ley:

Primero. Al Estado y sus corporaciones y á las provinciales y municipales.

Segundo. A los institutos científicos, literarios ó artísticos, ó de otra clase legalmente establecidos.

ORÍGENES

Art. 4.° Ley Prop. Int.

COMENTARIO

Compréndense en estos tres artículos todas las obras que revisten el carácter de bienes intelectuales en el sentido de la ley.

En su consecuencia los autores ó dueños de cualquiera de las obras que en estos artículos se enumeran tienen sobre ellas pleno dominio y propiedad y están amparados por la ley al objeto de disponer libremente de ellas de los modos que el derecho reconoce y con sujecion á las reglas especiales que se contienen en este capítulo.

Artículo 428.—La propiedad intelectual se regirá por el derecho comun, sin más limitaciones que las consignadas en este capítulo.

ORÍGENES

Art. 5.° Ley Prop. Int.

Artículo 429.—La propiedad intelectual corresponde á los autores durante su vida, y se trasmite á sus herederos, testamentarios ó legatarios por el término de ochenta años. Tambien es trasmisible por actos entre vivos, y corresponderá á los adquirentes durante la vida del autor y ochenta años despues del fallecimiento de éste si no deja herederos forzosos. Mas si los hubiere, el derecho de los adquirentes terminará veinticinco años despues de la muerte del autor, y pasará la propiedad á los referidos herederos forzosos por tiempo de cincuenta y cinco años.

ORÍGENES

Art. 6.° Ley Prop. Int.

COMENTARIO

El derecho de propiedad dura toda la vida del autor de la obra y ochenta años más, con las excepciones que este artículo consigna.

A este propósite se dice en el *Diccionario* de Escriche: «Este sistema de extension tiene los graves inconvenientes de no ser proporcionado al beneficio que procura á un autor que se halla en su juventud y al que toca al término de su vida: de ofrecer mayor proteccion á los ensayos juveniles, esto es, á las obras más imperfectas del escritor, que á las obras de la edad madura, de suerte que cuanta más meditacion se ha empleado en la obra, se alcanza ménos recompensa.»

De este y cualquier otro modo, siempre habrá de resultar que el autor disfruta de su obra durante toda su vida, larga ó corta, y que obtendrá un uso más limitado en aquellas que escriba en los últimos años de su existencia. Esto es inevitable. Mas, por otra parte, si disfruta de ellas ménos tiempo, si son más profundas, sus rendimientos serán mayores, y se establecerá así una compensacion.

Cuando la obra estuviese escrita por varios, todos ellos tendrán derecho de propiedad, *pro indiviso* sobre la misma. Mas si cada uno hubiera escrito una parte determinada del libro,

y estas partes fueren susceptibles de separacion, tendrán la propiedad de aquella que hubieren formado.

Artículo 430.—Nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni áun para anotarlas, adicionarlas ó mejorar la edicion; pero cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes á las mismas, incluyendo sólo la parte del texto necesaria al objeto.

Si la obra fuese musical, la prohibicion se extenderá igualmente á la publicacion total ó parcial de las melodías con acompañamiento ó sin él, trasportadas ó arregladas para otros instrumentos ó con letra diferente ó en cualquiera otra forma que no sea la publicada por el autor.

ORÍGENES

Art. 7.° Ley Prop. Int.

JURISPRUDENCIA

No puede considerarse como original una obra, cuando la idea ó método que en ella desenvuelve su autor ha sido ántes practicado y publicado por otro.

No se infringe la ley de propiedad literaria adoptando en una obra una idea dada á conocer anteriormente por otro, para exponerla y desarrollarla de diferente modo (Sent. 4 Diciembre 1861).

Artículo 431.—No es necesaria la publicacion de las obras para que la ley ampare la propiedad intelectual. Nadie, por tanto, tiene derecho á publicar sin permiso del autor una produccion científica, literaria ó artística que se haya estenografiado, anotado ó copiado durante su lectura, ejecucion ó exposicion pública ó privada, así como tampoco las explicaciones orales.

ORÍGENES

Art. 8.° Ley Prop. Int.

COMENTARIO

El derecho de propiedad consiste precisamente en que no pueda otro que su autor publicar una obra, ni áun á pretexto de anotarla, criticarla ó mejorarla.

Esto no impide que un autor pueda citar las palabras y hasta párrafos de otros autores, bien para discutirlos, bien para corroborar sus opiniones.

Mas ¿hasta qué punto es esto lícito? La ley no lo ha dicho. La única ley que ha fijado un límite á este permiso es la Rusa, por la cual no existe abuso miéntras las citas no excedan de la mitad de la obra.

La reproduccion manuscrita de una obra impresa, hecha para el uso particular del que la reproduce, no constituye verdadera defraudacion.

En cuanto al precepto del segundo de estos artículos, al hablar del Registro nos ocuparemos de los efectos de la inscripcion, y por tanto de los derechos que conservan los autores cuyas obras carecen de este requisito.

Artículo 432.—La enajenacion de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenacion del derecho de reproduccion, ni del de exposicion pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor ó á su derecho-habiente.

ORÍGENES

Art. 9.° Ley Prop. Int.

Artículo 433.—Para poder copiar ó reproducir en las mismas ó en otras dimensiones, y por cualquier medio, las obras de arte originales existentes en galerías públicas en vida de sus autores es necesario el previo consentimiento de éstos.

ORÍGENES

Art. 10 Ley Prop. Int.

Artículo 434.—El autor es propietario de sus discursos parlamentarios, y sólo podrán ser reimpresos sin su permiso ó el de sus derecho-habientes en el *Diario de las Sesiones* del Cuerpo Colegislador respectivo y en los periódicos políticos.

ORÍGENES

Art. 11 Ley Prop. Int.

COMENTARIO

Tratándose de discursos parlamentarios, ha sido preciso limitar más el derecho de propiedad de sus autores, en atencion á que la publicidad de los discursos de los Parlamentos es condicion esencial de su existencia.

SECCION SEGUNDA

DE LAS TRADUCCIONES

Artículo 435.—Si la traduccion se publica por primera vez en país extranjero con el cual haya convenios sobre propiedad intelectual, se atenderá á las estipulaciones para resolver las cuestiones que ocurran; y en lo que por ellas no estuviese resuelto, á lo prescrito en la ley.

ORÍGENES

Art. 12 Ley Prop. Int.

Artículo 436.—Los propietarios de obras extranjeras lo serán tambien en España, con sujecion á las leyes de su nacion respectiva; pero solamente obtendrán la propiedad de las traducciones de dichas obras durante el tiempo que disfruten la de las originales en la misma nacion, con arreglo á las leyes de ella.

ORÍGENES

Art. 13 Ley Prop. Int.

Artículo 437.—El traductor de una obra que haya entrado en el dominio público, sólo tiene propiedad sobre su traduccion, y no podrá oponerse á que otros la traduzcan de nuevo.

ORÍGENES

Art. 14 Ley Prop. Int.

Artículo 438.—Los derechos que concede el art. 436 (13 de la ley) á los propietarios de obras extranjeras en España, sólo serán aplicables á las naciones que concedan á los propietarios de obras españolas completa reciprocidad.

ORÍGENES

Art. 15 Ley Prop. Int.

SECCION TERCERA

DE LOS ESCRITOS JUDICIALES

Artículo 439.—Las partes serán propietarias de los escritos que se hayan presentado á su nombre en cualquier pleito ó causa; pero no podrán publicarlos sin obtener permiso del tribunal sentenciador, el cual lo concederá ejecutoriado que haya sido el pleito ó causa, siempre que, á su juicio, la publicacion no ofrezca en sí misma inconvenientes, ni perjudique á ninguna de las partes.

Los letrados que hayan autorizado los escritos ó defensas, podrán coleccionarlos con permiso del tribunal y consentimiento de la parte respectiva.

ORÍGENES

Art. 16 Ley Prop. Int.

Artículo 440.—Para publicar copias ó extractos de causas ó pleitos fenecidos, se necesita permiso del tribunal sentenciador, el cual le concederá ó denegará prudencialmente y sin ulterior recurso.

ORÍGENES

Art. 17 Ley Prop. Int.

Artículo 441.—Si dos ó más solicitaren permiso para publicar copias ó extractos de causas ó pleitos fenecidos, el tribunal podrá,

segun las circunstancias, concederlo á unos y negarlo á otros, ó imponer las restricciones que estime convenientes.

ORÍGENES

Art. 18 Ley Prop. Int.

SECCION CUARTA

DE LAS OBRAS DRAMÁTICAS Y MUSICALES

Artículo 442.—No se podrá ejecutar en teatro ni sitio público alguno, en todo ni en parte, ninguna composicion dramática ó musical sin previo permiso del propietario.

Los efectos de este artículo alcanzan á las representaciones dadas por sociedades constituidas en cualquiera forma en que medie contribucion pecuniaria.

ORÍGENES

Art. 19 Ley Prop. Int.

Artículo 443.—Los propietarios de obras dramáticas ó musicales pueden fijar libremente los derechos de representacion al conceder su permiso; pero si no los fijan sólo podrán reclamar los que establezcan los reglamentos.

ORÍGENES

Art. 20 Ley Prop. Int.

Artículo 444.—Nadie podrá hacer, vender ni alquilar copia alguna sin permiso del propietario de las obras dramáticas ó musicales que despues de estrenadas en público no se hubiesen impreso.

ORÍGENES

Art. 21 Ley Prop. Int.

Artículo 445.—De los derechos de representacion de toda obra lírico-dramática corresponderá una mitad al propietario del libreto y otro al de la música, salvo pacto en contrario.

ORÍGENES

Art. 22 Ley Prop. Int.

Artículo 446.—El autor de un libreto ó composicion cualquiera puesta en música y ejecutada en público, será dueño exclusivo de imprimir y vender su obra literaria separadamente de la música, y el compositor de ésta podrá hacerlo igualmente de su obra musical.

En el caso de que el autor de un libreto prohibiese por completo la representacion, el autor de la música podrá aplicarla á otra nueva obra dramática.

ORÍGENES

Art. 23 Ley Prop. Int.

Artículo 447.—Las empresas, sociedades ó particulares que al proceder á la ejecucion en público de una obra dramática ó musical la anuncien cambiando su título, suprimiendo, alterando ó adicionando alguno de sus pasajes sin previo permiso del autor, serán considerados como defraudadores de la propiedad intelectual.

ORÍGENES

Art. 24 Ley Prop. Int.

COMENTARIO

Las obras dramáticas y musicales tienen un carácter nuevo y distinto de las demas. En efecto, no sólo pueden ser impresas como todas, sinó que ademas pueden ser objeto de ejecucion. Esta ejecucion ó representacion, si se practica por un particular en su casa, por ejemplo, to-

cando al piano una pieza musical ó recitando los versos de un drama, no constituye defraudacion; pero desde el momento en que tiene un objeto venal, como es la representacion en un teatro ú otro sitio público donde medie contribucion pecuniaria, es preciso obtener el permiso del autor, pues de otro modo se incurre en delito de defraudacion.

SECCION QUINTA

DE LAS OBRAS ANÓNIMAS Y PÓSTUMAS

Artículo 448.—Los editores de obras anónimas ó seudónimas tendrán, respecto de ellas, los mismos derechos que los autores ó traductores sobre las suyas, miéntras no se pruebe en forma legal quién es el autor ó traductor omitido ó encubierto. Cuando este hecho se pruebe, el autor ó traductor ó sus derecho-habientes, sustituirán en todos sus derechos á los editores de obras anonimas ó seudónimas.

ORÍGENES.

Art. 26 Ley Prop. Int.

Artículo 449.—Se considerarán obras póstumas ademas de las no publicadas en vida del autor, las que lo hubieren sido durante ésta, si el mismo autor á su fallecimiento las deja refundidas, adicionadas, anotadas ó corregidas de una manera tal que merezcan reputarse como nuevas. En caso de contradiccion ante los Tribunales, precederá á la decision dictámen pericial.

ORÍGENES

Art. 27 Ley Prop. Int.

SECCION SEXTA

DE LAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS

Artículo 450.—Las leyes, decretos, Reales órdenes, reglamentos y demas disposiciones que emanen de los poderes públicos, pueden insertarse en los periódicos y en otras obras en que por su naturaleza ú objeto convenga citarlos, comentarlos, criticarlos ó copiarlos á la letra, pero nadie podrá publicarlos sueltos ni en coleccion sin permiso expreso del gobierno.

ORÍGENES

Art. 28 Ley Prop. Int.

COMENTARIO

En Rusia y Francia pertenecen las leyes y demas disposiciones enumeradas, al dominio público. Por este artículo se prohibe únicamente la reproduccion de las leyes en la forma en que se publiquen por el Gobierno, pero podrán insertarse en los periódicos áun cuando sea de modo que puedan encuadernarse en forma de libro, y tambien podrán copiarse en aquellas obras en que así convenga al objeto ó naturaleza de las mismas.

SECCION SÉTIMA

DE LOS PERIÓDICOS

Artículo 451.—Los propietarios de periódicos que quieran asegurar la propiedad de éstos y asimilarlos á las producciones literarias para el goce de los beneficios de la ley, presentarán al fin de cada año en el Registro de la propiedad intelectual tres colecciones de los números publicados durante el mismo año.

ORÍGENES

Art. 29 Ley Prop. Int.

Artículo 452.—El autor ó traductor de escritos que se hubiesen insertado ó se insertaren en publicaciones periódicas ó los derecho-habientes de los mismos, podrán publicarlos formando coleccion, escogida ó completa, de los dichos escritos, si otra cosa no se hubiera pactado con el dueño del periódico.

ORÍGENES

Art. 30 Ley Prop. Int.

Artículo 453.—Los escritos y telegramas insertos en publicaciones periódicas podrán ser reproducidos por cualesquiera otras de la misma clase si en la de orígen no se expresa junto al título de la misma ó al final del artículo que no se permite su reproduccion; pero siempre se indicará el original de donde se copia.

ORÍGENES

Art. 31 Ley Prop. Int.

SECCION OCTAVA

DE LAS COLECCIONES

Artículo 454.—El autor ó traductor de diversas obras científicas, literarias ó artísticas, puede publicarlas todas ó varias de ellas en coleccion, aunque las hubiere enajenado parcialmente.

El autor de discursos leidos en las Academias Reales ó en cualquiera otra corporacion, puede publicarlos en coleccion ó separadamente.

Gozan los académicos de igual facultad con respecto á los demas escritos redactados con anuencia ó por encargo de dichas Academias, excepto aquellos que á éstas pertenecen indefinidamente como destinados á la enseñanza especial y constante de su respectivo instituto.

ORÍGENES

Art. 32 Ley Prop. Int.

SECCION NOVENA

DEL REGISTRO

Artículo 455.—Se establecerá un Registro general de la propiedad intelectual en el Ministerio de Fomento.

En todas las Bibliotecas provinciales y en las del Instituto de segunda enseñanza de las capitales de provincia donde falten aquellas Bibliotecas, se abrirá un Registro en el cual se anotarán por órden cronológico las obras científicas, literarias ó artísticas que en ellos se presenten para los objetos de la ley.

Con el propio objeto se anotarán igualmente en el Registro los grabados, litografías, planos de arquitectura, cartas geográficas ó geológicas, y en general, cualquier diseño de índole artística ó científica.

ORÍGENES

Art. 33 Ley Prop. Int.

Artículo 456.—Los propietarios de las obras expresadas en el artículo anterior entregarán firmados en las respectivas Bibliotecas tres ejemplares de cada una de aquellas obras: uno que ha de permanecer depositado en la misma Biblioteca provincial ó del Instituto; otro para el Ministerio de Fomento, y el tercero para la Biblioteca Nacional.

Obtenido de los jefes de las Bibliotecas el recibo correspondiente y el certificado de la inscripcion de las obras en el Registro provincial, se dirigirán los propietarios de las mismas al Gobierno civil, á fin de que éste participe al Ministerio de Fomento la inscripcion realizada, y le remita los dos ejemplares que en cada caso corresponden al propio Ministerio y á la Biblioteca Nacional.

Los Gobiernos civiles enviarán semestralmente á la Direccion general de Instruccion pública un estado de las inscripciones efectuadas y de sus vicisitudes ulteriores, para formar el Registro general de la propiedad intelectual.

ORÍGENES

Art. 34 Ley Prop. Int.

Artículo 457.—Los autores de las obras científicas, literarias ó artísticas estarán exentos de todo impuesto, contribucion ó gravámen por razon de inscripcion en el Registro.

Las leyes fijarán el impuesto que corresponda por la trasmision de dicha propiedad.

ORÍGENES

Art. 35 Ley Prop. Int.

Artículo 458.—Para gozar de los beneficios de esta ley es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la propiedad intelectual, con arreglo á lo establecido en los artículos anteriores.

Cuando una obra dramática ó musical se haya representado en público, pero no impreso, bastará para gozar de aquel derecho presentar un solo ejemplar manuscrito de la parte literaria, y otro de igual clase de las melodías con su bajo correspondiente en la parte musical.

El plazo para verificar la inscripcion será el de un año á contar desde el día de la publicacion de la obra; pero los beneficios de esta ley los disfrutará el propietario desde el día en que comenzó la publicacion, y sólo los perderá si no cumple aquellos requisitos dentro del año que se concede para la inscripcion.

ORÍGENES

Art. 36 Ley Prop. Int.

Artículo 459.—Los cuadros, las estatuas, los bajos y altos relieves, los modelos de arquitectura ó topografía, y en general todas las obras del arte pictórico, escultural ó plás-

tico quedan excluídas de la obligacion de Registro y del depósito.

No por ello dejan de gozar plenamente sus propietarios de todos los beneficios que conceden esta ley y el derecho comun á la propiedad intelectual.

ORÍGENES

Art. 37 Ley Prop. Int.

COMENTARIO

Establécese por la ley un registro, en el que se han de anotar las obras que hayan de obtener los beneficios de la ley. Ademas se dice: «es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la propiedad intelectual.»

Este principio no es absolutamente cierto, puesto que admite algunas excepciones.

En primer lugar los cuadros, estatuas, relieves, modelos de arquitectura, etc., no necesitan inscribirse para que su propiedad sea reconocida.

En segundo lugar toda obra científica, literaria ó artística, goza de los beneficios de la ley sin necesidad de estar inscrita, durante el año que el autor tiene para hacer la inscripcion, en el cual la propiedad está garantida, y por tanto la reproduccion, ejecucion, etc., constituyen verdaderos delitos.

En tercer lugar hemos dicho en el art. 431 (8.° de la ley) que «no es necesaria la publicacion de las obras para que la ley ampare la propiedad intelectual.» Es decir, que una produccion no inscrita, un libro ó un discurso, obtienen idénticos beneficios que cuando llegan á inscribirse: y decimos no inscrita, porque áun cuando la ley dice no publicada, es evidente que si no se ha publicado, no se ha inscrito, á ménos que el autor haya entregado tres copias manuscritas del libro, lo cual no es creíble; y sobre todo, las explicaciones orales, cuya propiedad garantiza la ley desde que se pronuncian, es claro que no están inscritas.

El objeto del registro es garantizar más y más el derecho del autor: pero á falta de título inscrito, debieran valer todas las pruebas del derecho, á ménos que haya en contra inscripcion anterior á nombre de otro.

SECCION DÉCIMA

DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS EXTRANJEROS

Artículo 460.—Los naturales de Estados cuya legislacion reconozca á los españoles el derecho de propiedad intelectual en los mismos términos que establece esta ley, gozarán en España de los derechos que la misma concede, sin necesidad de tratado ni de gestion diplomática, mediante la accion privada deducida ante juez competente.

ORÍGENES

Art. 50 Ley Prop. Int.

SECCION UNDÉCIMA

DE LA CADUCIDAD

Artículo 461.—Toda obra no inscrita en el Registro de la propiedad intelectual, podrá ser publicada de nuevo, reimpresa por el Estado, por las corporaciones científicas ó por los particulares durante diez años, á contar desde el día en que terminó el derecho de inscribirla.

ORÍGENES

Art. 38 Ley Prop. Int.

Artículo 462.—Si pasase un año más despues de los diez, sin que el autor ni su derecho-habiente inscriban la obra en el Registro, entrará ésta definitiva y absolutamente en el dominio público.

ORÍGENES

Art. 39 Ley Prop. Int.

Artículo 463.—Las obras no publicadas de nuevo por su propietario durante veinte años, pasarán al dominio público, y el Estado, las corporaciones científicas ó los particulares, podrán reproducirlas sin alterarlas; pero no podrá nadie oponerse á que otro tambien las reproduzca.

ORÍGENES

Art. 40 Ley Prop. Int.

Artículo 464.—No entrará una obra en el dominio público, áun cuando pasen veinte años:

Primero. Cuando la obra siendo dramática, lírico-dramática ó musical, despues de ser ejecutada en público y depositada la copia manuscrita en el Registro, no llegue á ser impresa por su dueño.

Segundo. Cuando, despues de impresa y puesta en venta la obra con arreglo á la ley, pasen veinte años sin que vuelva á imprimirse, porque su dueño acredite suficientemente que en dicho período ha tenido ejemplares de ella á la venta pública.

ORÍGENES

Art. 41 Ley Prop. Int.

Artículo 465.—Para que pase al dominio público una obra en el caso que expresa el art. 563 (40 de la ley), es necesario que preceda denuncia en el Registro de la propiedad, y que en su virtud se excite por el Gobierno al propietario para que la imprima de nuevo, fijándole al efecto el término de un año.

ORÍGENES

Art. 42 Ley Prop. Int.

Artículo 466.—Cuando los obras se publiquen por partes sucesivas y no de una vez, los plazos señalados en los arts. 461, 462 y 463 (38, 39 y 40 de la ley) se contarán desde que la obra haya terminado.

ORÍGENES

Art. 43 Ley Prop. Int.

Artículo 467.—No tendrá aplicacion lo dispuesto en los arts. 461, 462 y 463 (38, 39 y 40 de la ley) cuando el autor que conserva la propiedad de la obra ántes de que se cumplan los plazos que aquellos fijan, manifieste en forma solemne su voluntad de que la obra no vea la luz pública.

Igual derecho y ejercitado en la misma forma corresponde al heredero, siempre que lo haga de acuerdo con un consejo de familia constituído de la manera que establece el reglamento.

ORÍGENES

Art. 44 Ley Prop. Int.

COMENTARIO

Una obra de la inteligencia, no es solamente una propiedad para su autor; es ademas un caudal de conocimientos y un elemento de ilustracion y progreso para la sociedad.

Esta, por lo mismo, está interesada en que dicho caudal no se pierda, y en su consecuencia, la ley ha establecido una especie de prescripcion, que, suponiendo abandono de derechos por parte del autor, hace que éste pierda su propiedad y pasen sus obras al dominio público. De este modo dejarán de perderse obras importantísimas.

Como se ve por los artículos precedentes, este derecho establecido en favor del dominio público, deja á salvo los derechos de autor ó dueño, puesto que sólo en virtud de un cúmulo grandísimo de condiciones perderá la propiedad de sus obras.

Réstanos trascribir, áun cuando no son de este lugar, las disposiciones penales de la misma ley:

De las defraudaciones de la propiedad intelectual cometidas por medio de la publicacion de las obras á que se refiere esta ley, responderá en primer lugar el que aparezca autor de la defraudacion, y en defecto de éste sucesivamente

el editor y el impresor, salvo prueba en contrario de la inculpabilidad respectiva (art. 45).

Los defraudadores de la propiedad intelectual, ademas de las penas que fijan el art. 552 y correlativos del Código penal vigente, sufrirán la perdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados, los cuales se entregarán al propietario defraudado (art. 46).

La disposicion anterior será aplicable:

1.° A los que reproduzcan en España las obras de propiedad particular impresas en español por vez primera en país extranjero.

2.° A los que falsifiquen el título ó portada de alguna obra, ó estampen en ella haberse hecho la edicion en España si se ha verificado ésta en país extranjero.

3.° A los que imiten dichos títulos de manera que pueda confundirse el nuevo con el antiguo, segun prudente júicio de los tribunales.

4.° A los que importen del extranjero obras en que se haya cometido la defraudacion con fraude de los derechos de Aduana, y sin perjuicio de la responsabilidad fiscal que por el último concepto les corresponda.

5.° A los que de cualquiera de las maneras expresadas perjudiquen á autores extranjeros cuando entre España y el país de que sean naturales dichos autores haya reciprocidad (artículo 47).

Serán circunstancias agravantes de la defraudacion:

1.° La variacion del título de una obra ó la alteracion de su texto para publicarla.

2.° La reproduccion en el extranjero, si despues se introduce en España, y más aún si se varía el título ó se altera el texto (art. 48).

Los tribunales ordinarios aplicarán los artículos comprendidos en este título en la parte que sea de su competencia.

Los gobernadores de provincia, y donde éstos no residieren los alcaldes, decretarán á instancia del propietario de una obra dramática ó musical la suspension de la ejecucion de la misma, ó el depósito del producto de la entrada, en cuanto baste á garantizar los derechos de propiedad de la mencionada obra.

Si dicho producto no bastase á aquel objeto, podrá el interesado deducir ante los tribunales la accion competente (art. 49).

Ademas, como disposiciones transitorias ordena la ley que:

Los efectos y beneficios de ésta alcazarán salvo los derechos adquiridos bajo la accion de las leyes anteriores:

1.° A las obras comenzadas á publicar desde el día de la promulgacion de esta ley.

2.° A las obras que en dicho día no hubiesen entrado en el dominio público.

3.° A las obras que, áun habiendo entrado en el dominio público, sean recobradas por los autores ó traductores ó por sus herederos, con arreglo á las prescripciones de esta ley (art. 52).

La mayor duracion que por esta ley recibe la propiedad intelectual, aprovechará á los autores de obras de todas clases y á sus herederos. Igualmente aprovechará á los adquirentes en los términos que establece el art. 6.° (art. 53).

Los autores ó sus derecho-habientes que, con arreglo á esta ley, hayan de recobrar la propiedad intelectual, podrán inscribir este derecho en el Registro de la misma (art. 54).

Los sucesores, dentro del cuarto grado, de los autores de obras que hayan entrado en el dominio público, podrán recobrar el derecho de propiedad intelectual por el tiempo que falte hasta el cumplimiento de los 80 años que concede esta ley, siempre que llenen por su parte los requisitos que la misma exige; pero deberán indemnizar á los editores que tengan impresas dichas obras del valor que, á júicio de peritos, tengan los ejemplares que se hayan inscrito en el Registro dentro de los dos meses siguientes á la promulgacion de esta ley (art. 55).

Omitimos exponer nuestro júicio acerca de la ley de Propiedad intelectual. Baste decir, que en nuestro humilde concepto la ley es deficiente, no obedece á principio fijo, y sobre todo contiene contradicciones de importancia, padeciendo ademas de falta de claridad, como cuando dice que es circunstancia agravante de la defraudacion «la reproduccion en el extranjero, si despues se introduce en España, y *más aún*, si se varía el título ó se altera el texto.» Ignoramos qué se ha querido expresar con las palabras *más aún*, tratándose de una circunstancia agravante comprendida en el núm. 1.° del mismo artículo.

CAPÍTULO II

DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

SECCION PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 468.—Todo español ó extranjero que pretenda establecer ó haya establecido en los dominios españoles una industria nueva en los mismos, tendrá derecho á la explotacion exclusiva de su industria durante cierto número de años, bajo las reglas y condiciones que se previenen en la ley.

ORÍGENES

Art. 1.º Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 469.—El derecho de que habla el artículo anterior se adquiere obteniendo del Gobierno una patente de invencion.

ORÍGENES

Art. 2.º Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

Lo que hemos dicho respecto á la legitimidad de la propiedad intelectual, es aplicable á la industrial. En ésta, como en aquélla, el derecho del autor no puede limitarse al objeto construído, al libro impreso, á la máquina formada. En el libro y en la máquina hay más que el objeto material, hay la parte científica, intelectual. Por eso ha sido preciso reconocer, á más de la propiedad del objeto material y del volúmen, la propiedad de la idea y del descubrimiento.

Para poder disfrutar de la propiedad conocida bajo la denominacion de industrial, es preciso obtener la patente de invencion, en el modo y forma que se determina en los artículos siguientes, y por el tiempo y con las limitaciones que en los mismos se establecen.

Artículo 470.—Pueden ser objeto de patente:

Las máquinas, aparatos, instrumentos, procedimientos ú operaciones mecánicas ó químicas, que en todo ó en parte sean de propia invencion y nuevos, ó que sin estas condiciones no se hallen establecidos ó practicados del mismo modo y forma en los dominios españoles.

Los productos ó resultados industriales nuevos, obtenidos por medios nuevos ó conocidos, siempre que su explotacion venga á establecer un ramo de industria en el país.

ORÍGENES

Art. 3.º Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 471.—Las patentes de que sean objeto los productos ó resultados á que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior, no serán obstáculo para que puedan recaer otras sobre los objetos á que se refiere el párrafo primero, aplicados á obtener los mismos productos ó resultados.

ORÍGENES

Art. 4.º Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

No todas las invenciones pueden ser objeto de patente.

Este artículo de la ley determina qué condiciones de novedad han de reunir los inventos para que sean objeto de la concesion de patente.

En este punto parécenos hallar una contradiccion en este artículo, que dispone qué invenciones pueden ser objeto de patente, y parece exigir dos circunstancias para ello, como son

la novedad y ser de propia invencion, y el artículo en que se dice que las patentes de invencion se expedirán sin previo exámen de novedad, y que, por consiguiente, no deben tenerse como declaracion de novedad del objeto sobre que recaen.

Parecía natural que si solamente los inventos nuevos habían de ser objeto de las patentes, fuese indispensable que se justificase la novedad al hacer la solicitud, ó que se omitiera un precepto que se desvirtúa por otro posterior.

En nuestro sentir, lo que la ley ha querido es que no sean válidas las patentes conferidas sobre objetos que con anterioridad hayan sido objeto de patente; pero no ha expresado con claridad en este artículo su intencion.

Artículo 472.—Se considera como nuevo para los efectos del art. 470 (3.° de la ley), lo que no es conocido ni se halla establecido ó practicado en los dominios españoles ni en el extranjero.

ORÍGENES

Art. 5.° Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

La palabra *nuevo* usada en uno de los artículos anteriores, era dada á diversas inteligencias.

La ley ha optado por la interpretacion más amplia.

Con arreglo á ella, el inventor que solicita en un país extranjero patente de invencion, no puede pedirla despues en España como objeto *nuevo*, y por consiguiente, no podrá gozar del privilegio por los veinte años que establece en la seccion siguiente, sinó tan sólo por cinco años, salvo en el caso de que hiciere la peticion ántes de los dos años siguientes á la fecha con que solicitó la patente extranjera.

Artículo 473.—El derecho que confiere la patente de invencion, ó en su caso el que se derive del expediente incoado para obtenerle, podrá trasmitirse en todo ó en parte por cualquiera de los medios establecidos por nuestras leyes respecto á la propiedad particular.

ORÍGENES

Art. 6.° Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

Sobre este artículo solamente nos ocurre decir que peca de confuso. La frase *cualquiera de los medios establecidos por nuestras leyes*, que parece referirse así á la *naturaleza del título* como á la *forma* de la trasmision, debe interpretarse únicamente respecto del *título*, por más que el artículo no lo diga claramente, pues en cuanto á la forma, en la seccion 5.ª de este capítulo veremos que solamente por instrumento público, unido á un certificado que acredite el pago de las cuotas de contribucion, expedido por el Secretario del Conservatorio de Artes y visado por el Director y con la demas formalidades de que en su lugar nos haremos cargo, adquiere valor legal la cesion total ó siquiera parcial del derecho que confiere la patente.

Artículo 474.—La patente de invencion puede ser concedida á un solo individuo ó á varios ó á una sociedad, sean nacionales ó extranjeros.

ORÍGENES

Art. 7.° Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 475.—Toda patente se considerará concedida, no sólo para la Península é islas adyacentes, sinó para las provincias de Ultramar.

ORÍGENES

Art. 8.° Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 476.—No pueden ser objeto de patente:

Primero. El resultado ó producto de las máquinas, aparatos, instrumentos, procedimientos ú operaciones de que trata el párrafo primero del art. 470 (3.° de la ley), á no ser que estén comprendidos en el párrafo segundo del mismo artículo.

Segundo. El uso de los productos naturales.

Tercero. Los principios ó descubrimientos científicos miéntras permanezcan en la esfera de lo especulativo y no lleguen á traducirse en máquina, aparato, instrumento, procedimiento ú operacion mecánica ó química de carácter práctico industrial.

Cuarto. Las preparaciones farmacéuticas ó medicamentos de toda clase.

Quinto. Los planes ó combinaciones de crédito ó de Hacienda.

ORÍGENES

Art. 9.º Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

Hemos dicho en uno de los artículos precedentes que no todos los inventos pueden ser objeto de patente. Allí dijimos que aquellos que no son nuevos en el sentido de la ley no podian ser objeto del privilegio que la misma confiere. Ahora cúmplenos añadir que áun siendo nuevos y de propia invencion no podrán ser objeto de privilegio los comprendidos en este artículo.

Las razones que hayan impulsado al legislador á consignar estas prohibiciones, se desprenden de ellas mismas y no es preciso que nosotros las expliquemos.

Algunas de las prohibiciones comprendidas en este artículo, como por ejemplo la que se refiere á las preparaciones farmacéuticas y medicamentos de todas clases, podrán en alguna ocasion ser causa de duda y cuestion por el diverso carácter de medicinal y químico y por las diversas aplicaciones de que puede ser susceptible algun invento de esta clase.

Artículo 477.—Ninguna patente podrá recaer más que sobre un solo objeto industrial.

ORÍGENES

Art. 10 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 478.—Las patentes de invencion se expedirán sin previo exámen de novedad y utilidad: no deben considerarse, por tanto, en ningun caso como declaracion ni calificacion de novedad ni de utilidad del objeto sobre que recaen. Las calificaciones de esta naturaleza corresponden al interesado, quien las hará bajo su responsabilidad, quedando sujeto á las resultas con arreglo á lo que se previene en la ley.

ORÍGENES

Art. 11 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

SECCION SEGUNDA

DE LA DURACION Y CUOTA DE LAS PATENTES

Artículo 479.—La duracion de las patentes de invencion será de veinte años improrogables si son para objetos de propia invencion y nuevos. La duracion de las patentes para todo lo que no sea de propia invencion, ó que áun siéndolo no sea nuevo, será tan sólo de cinco años improrogables.

Se concederá no obstante por diez años para todo objeto de propia invencion, áun cuando el inventor haya adquirido patente sobre el mismo objeto en uno ó más países extranjeros, siempre que lo solicitare en España ántes de terminar el plazo de dos años, contando desde que obtuvo la primitiva patente extranjera.

ORÍGENES

Art. 12 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

El párrafo primero de este artículo hace referencia á los privilegios que ántes de esta ley se llamaban de invencion.

El segundo párrafo parece referirse con especialidad á los que se denominaban privilegios de introduccion.

Al hablar la ley de privilegios de invencion que han de recaer en objetos que no son de propia invencion, incurre en un contrasentido aparente, hijo de la poca claridad con que está redactada la ley á consecuencia de que se ha huido de establecer ninguna distincion entre patentes de invencion y de introduccion.

Parece, con arreglo á este artículo, que puede pedirse patente por un objeto inventado por otro y que hasta puede haber sido objeto de otra patente anterior, en cuyo caso la segunda patente

da derecho á la explotacion exclusiva de aquel objeto durante cinco años.

En nuestro concepto, lo que la ley no ha sabido decir, es que puede solicitarse patente de introduccion en estos reinos, de objetos que en otros países se hallen en práctica, del modo como lo establecía el art. 3.º del Real Decreto de 27 de Marzo de 1826, que decía: «Las Reales Cédulas de privilegio se expedirán por 5, por 10 ó 15 años, á voluntad de los interesados, en el caso que la soliciten para objeto de su propia invencion; y por solos 5 años, si la solicitud fuese para introducir los de otros países: entendiéndose que el privilegio concedido para éstos, que se llamará de *introduccion*, ha de ser para ejecutar y poner en práctica en estos reinos algun objeto, pero no para traerlo hecho de fuera; pues en tal caso estará sujeto á lo dispuesto en los aranceles y órdenes acerca de la entrada de géneros y efectos del extranjero».

Creemos, por consiguiente, que la ley de 1878 ha confirmado la legislacion anterior. Una interpretacion distinta, á que se presta la ambigüedad con que está redactada la ley, conduciría al absurdo de concederse á un tiempo mismo dos privilegios exclusivos sobre un solo objeto.

El último párrafo del artículo hace una excepcion á favor del inventor que ha obtenido patente en el extranjero, que hallamos bastante justificada.

Artículo 480.—Para hacer uso de una patente es preciso abonar en papel de pagos al Estado una cuota anual y progresiva en la forma siguiente: 10 pesetas el primer año; 20 pesetas el segundo; 30 pesetas el tercero, y así sucesivamente hasta el quinto, décimo ó vigésimo año, en que la cuota será respectivamente de 50, 100 y 200 pesetas.

ORÍGENES

Art. 13 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 481.—Las cuotas anuales de que trata el artículo anterior, se pagarán anticipadamente, y en ningun caso serán dispensadas.

ORÍGENES

Art. 14 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

SECCION TERCERA

FORMALIDADES PARA LA EXPEDICION DE LAS PATENTES

Artículo 482.—Todo el que desee obtener una patente de invencion entregará en la Secretaría del Gobierno civil de la provincia en que esté domiciliado, ó en la de cualquiera otra que elija para este efecto:

Primero. Una solicitud al Ministro de Fomento, en la que se exprese el objeto único de la patente: si dicho objeto es ó no de invencion propia y nuevo, y las señas del domicilio del solicitante ó de su apoderado. En este caso se unirá el poder á la solicitud. Esta no debe contener condiciones, restricciones ni reservas.

Segundo. Una Memoria por duplicado, en la que se describa la máquina, aparato, instrumento, procedimiento ú operacion mecánica ó química que motive la patente: todo con la mayor claridad á fin de que en ningun tiempo pueda haber duda acerca del objeto ó particularidad que se presenta como nuevo y de propia invencion, ó como no practicado ó establecido del mismo modo y forma en el país.

Al pié de la Memoria se extenderá una nota que exprese clara, distinta y únicamente cuál es la parte, pieza, movimiento, mecanismo, operacion, procedimiento ó materia que se presenta para que sea objeto de la patente. Esta recaerá tan sólo sobre el contenido de dicha nota.

La Memoria estará escrita en castellano, sin abreviaturas, enmiendas ni raspaduras de ninguna clase, en pliegos foliados con numeracion correlativa. Las referencias á

pesas y medidas se harán con arreglo al sistema métrico decimal.

La Memoria no debe contener condiciones, restricciones ni reservas.

Tercero. Los dibujos, muestras ó modelos que el interesado considere necesarios para la inteligencia de la Memoria descriptiva, todo por duplicado.

Los dibujos estarán hechos en papel tela con tinta, y ajustados á la escala métrico-decimal.

Cuarto. El papel de pagos al Estado correspondiente á la cuota de la primera anualidad.

Quinto. Un índice firmado de todos los documentos y objetos entregados, los cuales deberán ir tambien firmados por el solicitante ó su apoderado.

ORÍGENES

Art. 15 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 483.—El secretario del Gobierno civil en el acto de recibir los documentos y objetos de que trata el artículo anterior, anotará en un registro especial el día, la hora y el minuto de la presentacion; firmará al pié del índice con el interesado ó su representante, y expedirá el correspondiente recibo. El mismo secretario cerrará y sellará la caja ó pliego que contenga los dos ejemplares de la Memoria y de los dibujos, muestras ó modelos; escribirá debajo del rótulo que lleve la caja ó pliego «Presentado tal día de tal mes á tal hora y tantos minutos;» firmará esta diligencia y estampará el sello oficial.

La nota del Registro de presentacion, expresiva del día, hora y minuto de la entrega, declara el derecho de prioridad del solicitante.

ORÍGENES

Art. 16 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 484.—Dentro de un plazo que no excederá de cinco días á la fecha de la presentacion de la solicitud y de los documentos y objetos mencionados, los gobernadores civiles remitirán al director del Conservatorio de Artes de Madrid la solicitud acompañada de los documentos y objetos y de una certificacion expedida por el secretario con el V.° B.° del gobernador, del acta de registro y del contenido de la caja ó pliego. Los gastos de remision serán de cuenta del interesado.

ORÍGENES

Art. 17 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 485.—El secretario del Conservatorio de Artes examinará el contenido de la caja ó pliego y al pié de la certificacion de que trata el artículo anterior extenderá, firmará y sellará una diligencia en que exprese su conformidad ó las faltas que haya.

ORÍGENES

Art. 18 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 486.—El secretario del Conservatorio procederá inmediatamente á la confrontacion de los dos ejemplares de la Memoria y de los dibujos ó modelos con el único objeto de asegurarse de su identidad; y hallados conformes y con la nota que expresa el caso 2.° del art. 481 (16 de la ley), escrita al pié de la Memoria, extenderá, firmará y sellará á continuacion de ambos ejemplares diligencia en que así lo haga constar.

Si se encontrasen defectos en la documentacion, se hará constar en el expediente, y deberán ser nombrados por los mismos interesados ó sus representantes, para lo cual se les concede el plazo de dos meses contados desde la fecha de la presentacion de la solicitud en el Gobierno de la provincia, si ésta es de la Península é islas adyacentes: el de cuatro meses si de la de Canarias ó de las Antillas, y el de ocho meses cuando sea de las islas Filipinas.

Estos plazos son improrogables; y una vez trascurridos sin que se hayan subsanado las faltas del expediente, éste quedará sin curso y se considerará como no hecha la peticion de la patente.

ORÍGENES

Art. 19 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 487.—Despues de practicado lo prevenido en los dos artículos anteriores, el Director del Conservatorio de Artes, teniendo en cuenta lo prevenido en el art. 478 (11 de la ley), remitirá al Ministro de Fomento la solicitud acompañada de informe en que se expresará:

Primero. Si la forma de la solicitud se halla ajustada á lo prevenido en el art. 482 (15 de la ley).

Segundo. Si se han recibido la Memoria y los dibujos, muestras ó modelos prevenidos, todo por duplicado, y el papel de «pagos al Estado» correspondiente á la primera anualidad.

Tercero. Si están perfectamente conformes entre sí los duplicados de la Memoria y de los dibujos, muestras ó modelos.

Cuarto. Si el objeto de la patente está comprendido en alguno de los casos del artículo 476 (9.° de la ley).

Quinto. Si en vista de todo procede conceder ó negar la peticion.

ORÍGENES

Art. 20 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Art. 488.—Si la solicitud es resuelta favorablemente, el Ministro de Fomento lo comunicará al director del Conservatorio de Artes, quien hará pública esta resolucion por medio de la *Gaceta de Madrid*, y en el plazo improrogable de un mes contado desde el día de la publicacion, el interesado ó su representante se presentarán en el Conservatorio de Artes á satisfacer en papel de pagos al Estado el importe del papel sellado en que debe extenderse la patente. Si no lo hiciese dentro del plazo expresado, el expediente quedará sin curso y se considerará como no hecha la peticion de la patente.

ORÍGENES

Art. 21 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 489.—Verificado el pago de que trata el artículo anterior, el director del Conservatorio de Artes lo pondrá en conocimiento del Ministro de Fomento; éste expedirá inmediatamente la patente de invencion y la remitirá al Conservatario de Artes, cuyo director la comunicará al gobernador de la provincia en que tuvo orígen el expediente, para la debida anotacion en el registro de que habla el art. 483 (16 de la ley), y dispondrá que por el secretario del Conservatario se tome razon de la patente en un registro especial y sea entregado al interesado ó á su representante bajo recibo, que se unirá al expediente.

ORÍGENES

Art. 22 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 490.—A la cabeza de la patente se imprimirá en caractéres de mayor tamaño que los mayores que se empleen en el cuerpo de la misma, lo siguiente:

«Patente de invencion sin la garantía del Gobierno en cuanto á la novedad, conveniencia ó utilidad del objeto sobre que recae.»

ORÍGENES

Art. 23 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 491.—El secretario del Conservatorio de Artes entregará tambien bajo recibo al interesado ó á su representante, al mismo tiempo que la patente, uno de los dos ejemplares de la Memoria y de los dibujos, muestras ó modelos que la acompañaban, y todo se considerará como parte integrante de la patente, expresándose así en la misma.

ORÍGENES

Art. 24 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 492.—El registro especial de patentes de la secretaría del Conservatorio de Artes estará á disposicion del público durante las horas que el director fije para ello. Los datos de este registro harán fe en juício.

ORÍGENES

Art. 25 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

Las disposiciones contenidas en esta seccion son de dos clases: unas que se refieren al modo de expedirse la patente, esto es, á la forma cómo

se garantiza el disfrute de la propiedad industrial; otras que tienen por único objeto señalar la tramitacion del expediente de concesion de la patente.

Respecto de estas últimas nada hemos de decir. En cuanto á las primeras, se nos ocurre que habiendo bastante analogía entre esta clase de propiedad y la propiedad intelectual, hubiera podido aceptarse respecto de aquélla un procedimiento análogo al que hemos visto en el capítulo anterior existe para las obras literarias, científicas ó artísticas. Bastaba para ello la constitucion de un registro de la propiedad industrial, en el que se inscribieran los inventos de los que se solicitare garantía para su propiedad, conservándose en el mismo registro las Memorias y planos explicativos de la invencion, del mismo modo que se conservan los libros, mapas, etc., etc., que se presentan en el Ministerio de Fomento para los efectos del capítulo precedente.

Acaso esto ofreciera dificultades que no se nos ocurren en el momento; pero en nuestro sentir, el prurito de copiar lo que otros países han establecido, nos lleva á seguir ciertos caminos sin preocuparnos de si son susceptibles de mejora y sencillez.

La uniformidad en estas legislaciones especiales sería indudablemente un gran progreso. Al ménos, si la identidad absoluta en ellas no era posible (que en muchos casos lo sería), debieran girar sobre unas mismas bases, facilitando así la observancia de la ley y su exacto cumplimiento por la Administracion.

SECCION CUARTA

DE LOS CERTIFICADOS DE ADICION

Artículo 493.—El poseedor de una patente de invencion ó su causa-habiente tendrá, durante el tiempo de la concesion, derecho á hacer en el objeto de la misma los cambios, modificaciones ó adiciones que crea convenientes, con preferencia á cualquiera otro que simultáneamente solicite patente para el objeto sobre que verse el cambio, modificacion ó adicion.

Estos cambios, modificaciones ó adiciones se harán constar por certificados de adicion, expedidos del mismo modo y con las mismas formalidades que la patente principal, y previas la solicitud y documentacion de que habla el art. 482 (15 de la ley).

ORÍGENES

Art. 29 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 494.—El que solicite un certificado de adicion, abonará por una sola vez la suma de veinticinco pesetas en papel de pagos del Estado.

ORÍGENES

Art. 30 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 495.—El certificado de adicion es un accesorio de la patente principal, y produce, desde las fechas respectivas de la solicitud y de la concesion, los mismos efectos que ella. El tiempo hábil para explotar el certificado de adicion, termina al mismo tiempo que el de la patente principal.

ORÍGENES

Art. 31 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

La razon que ha tenido la ley para admitir mejoras ó modificaciones en los objetos sobre que han recaído las patentes es obvia.

Se presentaban dos caminos que seguir: ó la mejora, modificacion ó adicion eran objeto de una nueva patente, ó se extendían en estos certificados de adicion. La ley ha elegido el último sistema, que en efecto es el preferible.

SECCION QUINTA

DE LA PUBLICACION DE LAS PATENTES Y PUBLICIDAD DE LAS DESCRIPCIONES, DIBUJOS, MUESTRAS Ó MODELOS

Artículo 496.—El director del Conservatorio de Artes remitirá al de la *Gaceta de Madrid*, en la segunda quincena de los meses de Enero, Abril, Julio y Octubre, para la inmediata publicacion en dicho periódico oficial, una relacion de todas las patentes concedidas durante el trimestre anterior, expresando claramente el objeto sobre que recaen.

Los gobernadores de provincia dispondrán que estas relaciones se reproduzcan en los *Boletines Oficiales*, tan luégo como aparezcan en la *Gaceta*.

ORÍGENES

Art. 26 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

Hemos colocado lo relativo á la publicacion de las patentes despues de los certificados de adicion, á pesar de hallarse en la ley en órden distinto, porque el contenido de esta seccion es general y comprensivo así de las patentes como de los certificados adicionales.

Artículo 497.—Las Memorias, dibujos, muestras y modelos relativos á las patentes, estarán á disposicion del público en la secretaría del Conservatorio de Artes, durante las horas que fije el director del mismo.

Todo el que quiera sacar copias podrá hacerlo á su costa, previo el permiso del director del Conservatorio, quien al concederlo fijará el sitio, días y horas en que pueda verificarse.

ORÍGENES

Art. 27 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 498.—Pasado el término de la concesion de las patentes, las Memorias, dibujos, muestras y modelos permanecerán en el Conservatorio de Artes y formará parte de su Museo todo lo que sea digno de figurar en él.

ORÍGENES

Art. 28 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

SECCION SEXTA

DE LA CESION Y TRASMISION DEL DERECHO QUE CONFIEREN LAS PATENTES

Artículo 499.—Toda cesion total ó parcial del derecho que confiere una patente de invencion ó un certificado de adicion, sea á título gratuito ú oneroso, y cualquier otro acto que envuelva modificacion del primitivo derecho, se hará indispensablemente por instrumento público, en el cual se testimoniará una certificacion del secretario del Conservatorio de Artes, visada por el director, en la que se haga constar que está al corriente el pago de las cuotas fijadas en la ley y que el cedente es dueño de la patente ó del certificado de adicion, segun las anotaciones del Registro de toma de razon.

ORÍGENES

Art. 32 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 500.—Ningun acto de cesion ó cualquiera otro que envuelva modificacion

del derecho, podrá perjudicar á un tercero si no ha sido registrado en la secretaría del Gobierno civil de la provincia donde se hizo la primitiva adicion.

ORÍGENES

Art. 33 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 501.—El registro de las cesiones y de todos los actos que envuelvan modificacion del derecho, se realizará por la presentacion y entrega en la secretaría del Gobierno de la provincia respectiva de un testimonio auténtico del acto ó contrato de cesion ó modificacion.

En este testimonio se anotará por el secretario la fecha y el folio del registro.

ORÍGENES

Art. 34 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 502.—El gobernador civil de la provincia en que se haga el registo de la cesion ó de cualquiera otro acto ó contrato que envuelva modificacion del derecho, remitirá al director del Conservatorio de Artes, dentro de los cinco días siguientes al del registro, copia certificada por el secretario y visada por el gobernador, del acto ó contrato de cesion ó modificacion, y de la diligencia que acredite haberse hecho el registro en la secretaría.

ORÍGENES

Art. 35 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 503.—El secretario del Conservatorio de Artes anotará en el registro especial de toma de razon de patentes, todas las modificaciones de derecho que se introduzcan en cada una en vista de la copia certificada del acto ó contrato de cesion que se unirá al expediente.

ORÍGENES

Art. 36 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 504.—El director del Conservatorio de Artes remitirá al de la *Gaceta de Madrid,* al mismo tiempo que la relacion á que se refiere el art. 496 (26 de la ley), todas las modificaciones de derecho que se introduzcan en las patentes.

ORÍGENES

Art. 37 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

Como se ve, tampoco están las patentes dentro de las reglas generales de la contratacion.

Toda trasmision ó cesion total ó parcial de los derechos que confiere una patente, ha de revestir ciertas solemnidades. Sin ellas no podrán perjudicar á tercero. Se establece aquí cierta semejanza entre los derechos que atribuye la patente y los que existen sobre las cosas inmuebles. Si el objeto de la ley ha sido extender las garantías de la ley Hipotecaria á esta clase de propiedad, parecía lo más breve y claro atribuir á la patente el carácter de bien inmueble ó derecho real, y que del mismo modo que las concesiones mineras (verdaderas patentes de invencion) hubieran de inscribirse en el Registro de la propiedad con idénticas condiciones y forma que para la demas propiedades se ha establecido. De este modo, que no sería una traba para el propietario, podría éste disfrutar de mayores garantías.

La uniformidad, repetimos, es siempre un progreso. Por eso creemos que, ó no deben anotarse estas trasmisiones de dominio, ó deben hacerse todas las de esta clase y las demas que se crea deben constar públicamente, en un solo Registro de la propiedad, sin perjuicio de establecer forma distinta en las inscripciones si así fuere indispensable, y evitar ciertos gastos con el fin de fomentar el desarrollo de la industria objeto principalísimo de estas leyes.

SECCION SÉTIMA

CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DEL PRIVILEGIO

Artículo 505.—El poseedor de una patente de invencion ó de un certificado de adicion, está obligado á acreditar ante el director del Conservatorio de Artes, y dentro del término de dos años, contados desde la fecha de la patente ó del certificado, que se ha puesto en práctica en los dominios españoles, estableciendo una nueva industria en el país.

El plazo de dos años, dentro del cual ha de acreditarse esta práctica, sólo podrá prorogarse en virtud de una ley, por justa causa, y por un plazo que no podrá pasar de seis meses.

ORÍGENES

Art. 38 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 506.—El director del Conservatorio de Artes, por sí ó por medio de un ingeniero industrial ó de persona competente delegada al efecto, se asegurará del hecho, practicando las diligencias ménos gravosas que conceptúe necesarias, y con tal objeto podrá solicitar la cooperacion de cualesquiera autoridades y corporaciones, y éstas deberán prestarlas del modo más eficaz, con su influencia y con todos los medios de que al efecto puedan disponer.

ORÍGENES

Art. 39 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 507.—Cuando el director del Conservatorio de Artes considere que el expediente está suficientemente ilustrado, lo remitirá con informe al Ministro de Fomento para la resolucion que proceda.

ORÍGENES

Art. 40 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 508.—Los gastos que ocasionen las diligencias necesarias para asegurarse de que el objeto de la patente ó del certificado de adicion se ha puesto en práctica, estableciendo una nueva industria en el país, serán de cuenta del interesado, quien no estará obligado á satisfacerlos sin que sean aprobados por el director del Conservatorio de Artes.

ORÍGENES

Art. 41 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 509.—El director del Conservatorio de Artes dispondrá que el secretario del mismo anote en el registro de toma de razon de patentes, la resolucion que recaiga en los expedientes de práctica, y comunicará esta resolucion al gobernador de la provincia respectiva.

ORÍGENES

Art. 42 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

Análogas reglas á las consignadas en esta seccion, rigen respecto de la propiedad intelectual.

La doctrina contenida en esta seccion tiene su complemento en la siguiente.

SECCION OCTAVA

DE LA NULIDAD Y CADUCIDAD DE LAS PATENTES

Artículo 510.—Son nulas las patentes de invencion:

Primero. Cuando se justifique que no son ciertas, respecto del objeto de la patente, las circunstancias de propia invencion y de novedad, la de no hallarse establecido ó practicado del mismo modo y forma en sus condiciones esenciales dentro de los domi- españoles nios ó cualquiera otra que alegue como fundamento de su solicitud.

Segundo. Cuando se observe que el objeto de la patente afecta al órden ó á la seguridad pública, á las buenas costumbres ó á las leyes del país.

Tercero. Cuando el objeto sobre el cual se haya pedido la patente, sea distinto del que se realiza por virtud de la misma.

Cuarto. Cuando se demuestre que la Memoria descriptiva no contiene todo lo necesario para la comprension y ejecucion del objeto de la patente, ó no indica de una manera completa los verdaderos medios de construírlo ó ejecutarlo.

ORÍGENES

Art. 43 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 511.—La accion para pedir la nulidad de una patente ante los tribunales, no podrá ejercerse sinó á instancia de parte.

El ministerio público podrá, no obstante, pedir la nulidad cuando la patente esté comprendida en el caso segundo del artículo anterior.

ORÍGENES

Art. 44 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 512.—En los casos del art. 510 (43 de la ley), serán tambien nulos y de ningun efecto los certificados que comprendan cambios, modificaciones ó adiciones que se relacionen con la patente principal.

ORÍGENES

Art. 45 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 513.—Caducarán las patentes de invencion:

Primero. Cuando haya trascurrido el tiempo señalado en la concesion.

Segundo. Cuando el poseedor no pague la correspondiente anualidad ántes de comenzar cada uno de los años de su duracion.

Tercero. Cuando el objeto de la patente no se haya puesto en práctica en los dominios españoles dentro del plazo marcado en el art. 505 (38 de la ley).

Cuarto. Cuando el poseedor haya dejado de explotarla durante un año y un día, á no ser que justifique causa de fuerza mayor.

ORÍGENES

Art. 46 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 514.—La declaracion de caducidad de las patentes comprendidas en los casos primero, segundo y tercero del artículo anterior, corresponde al Ministro de Fomento, previo aviso del director del Conservatorio de Artes. Contra la resolucion definitiva del Ministro cabe el recurso contencioso-administrativo para ante el Consejo de Estado, dentro del plazo de treinta días.

La declaracion de caducidad de una patente comprendida en el caso cuarto del mismo artículo anterior, corresponde á los Tribunales á instancia de parte.

ORÍGENES

Art. 47 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

Artículo 515.—El director del Conservatorio de Artes, despues de disponer que en el registro especial de toma de razon de patentes se hagan las oportunas anotaciones,

remitirá al de la *Gaceta de Madrid*, al mismo tiempo que la relacion á que se refiere el art. 496 (26 de la ley), otra expresiva de las patentes caducadas por resolucion del Ministerio de Fomento.

Los gobernadores civiles dispondrán que esta relacion se reproduzca en los *Boletines Oficiales* de sus provincias, y que en vista de ella se hagan en los registros de patentes de sus secretarías las respectivas anotaciones.

ORÍGENES

Art. 48 Ley Prop. Ind. 30 Julio 1878.

COMENTARIO

Hasta aquí las disposiciones de la ley que participan de carácter civil y administrativo á un tiempo.

El tít. IX de la ley de 30 de Julio de 1878 está consagrado á la parte penal, ó sea á la usurpacion y falsificacion de las patentes y las penas en que incurren los usurpadores y falsificadores.

Estas disposiciones, que no hemos creído podían formar parte del articulado, son las siguientes:

Son usurpadores de patentes los que con conocimiento de la existencia del privilegio, atentan á los derechos del legítimo poseedor, ya fabricando, ya ejecutando por los mismos medios lo que es objeto de la patente.

Son cómplices los que á sabiendas contribuyen á la fabricacion, ejecucion y venta ó expendicion de los productos obtenidos del objeto de la patente usurpada (art 49).

La usurpacion de patente será castigada con una multa de 200 á 2.000 pesetas.

En caso de reincidencia, la multa será de 2.001 á 4.000 pesetas.

Habrá reincidencia siempre que el culpable haya sido condenado en los cinco años anteriores por el mismo delito.

La complicidad en la usurpacion será castigada con una multa de 50 á 200 pesetas. En caso de reincidencia, con la multa de 201 á 2.000 pesetas.

Todos los productos obtenidos por la usurpacion de una patente, se entregarán al concesionario de ésta, y ademas la indemnizacion de daños y perjuicios á que hubiere lugar. Los insolventes sufrirán en uno y otro caso la prision subsidiaria correspondiente con arreglo al artículo 50 del Código penal (art. 50).

Los falsificadores de patente de invencion serán castigados con las penas establecidas en la seccion primera del capítulo IV, libro II del Código penal (art. 51).

La accion para perseguir el delito de usurpacion, previsto y castigado en este título, no podrá ejercerse por el ministerio público sinó en virtud de denuncia de la parte agraviada (art. 52).

El título X de la ley está dedicado á la *jurisdiccion en materia de patente*.

Hé aquí sus disposiciones:

Las acciones civiles y criminales referentes á patentes de invencion se entablarán ante los jurados industriales. Interin se organizan los jurados industriales, dichas acciones se entablarán ante los tribunales ordinarios (art. 53).

Si la demanda se dirige al mismo tiempo contra el concesionario de la patente y contra uno ó más cesionarios parciales, será juez competente el del domicilio del concesionario (art. 54).

Las reclamaciones civiles se ajustarán á la tramitacion prescrita por la ley para los incidentes en el juício ordinario. Las criminales á lo que previene la ley de enjuiciamiento criminal (art. 55).

En toda reclamacion judicial que tenga por objeto declarar la nulidad ó caducidad de una patente de invencion será parte el ministerio público (art. 56).

En el caso del artículo anterior, todos los causa-habientes del cesionario, segun el registro del Conservatorio de Artes, deberán ser citados para el juicio (art. 57).

Tan luégo como se declare judicialmente la nulidad ó caducidad de una patente de invencion, el tribunal comunicará la sentencia que haya causado ejecutoria al Conservatorio de Artes para que se tome nota de ella, y la nulidad ó caducidad se publicará en la *Gaceta de Madrid* en los mismos términos y al propio tiempo que la ley ordena para la publicacion de las patentes.

Los gobernadores civiles reproducirán en los *Boletines Oficiales* de sus provincias estas nulidades ó caducidades, y harán en los registros de patentes de sus secretarías las respectivas anotaciones (art. 58).

Por último, se dictaron en la misma ley las siguientes *disposiciones transitorias*:

1.ª Desde el día en que la presente ley se

ponga en ejecucion, quedarán derogadas todas las disposiciones anteriores relativas á las patentes de invencion, introduccion y mejoras (art. 59).

2.ª Las patentes de invencion, introduccion y mejoras actualmente en ejercicio que fueron obtenidas con arreglo á la legislacion anterior, conservarán sus efectos durante el tiempo por que fueron concedidas (art. 60).

3.ª Los expedientes incoados ántes de la publicacion de esta ley se terminarán con arreglo á las leyes anteriores; pero los interesados podrán optar por los plazos y forma de pago de la patente (art. 61).

4.ª Toda accion sobre usurpacion, falsificacion, nulidad ó caducidad de una patente, no intentada ántes de la fecha en que se ponga en ejercicio la presente ley se sustanciará con arreglo á las disposiciones de la misma (art. 62).

CAPÍTULO III

DE LA PROPIEDAD MINERA [1]

SECCION PRIMERA

DE LA CLASIFICACION Y DOMINIO DE LAS SUSTANCIAS MINERALES

Artículo 516.—Son objeto de las disposiciones contenidas en este capítulo, las sustancias útiles del reino mineral, cualquiera que sea su orígen y forma de yacimiento, hállense en el interior de la tierra ó en la superficie, y para su aprovechamiento se dividen en tres secciones.

ORÍGENES

Art. 1.º Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 517.—En la primera seccion se comprenden las producciones minerales de naturaleza terrosa, las piedras silíceas, las pizarras, areniscos ó asperones, granitos, basaltos, tierras y piedras calizas, el yeso, las arenas, las margas, las tierras arcillosas, y en general todos los materiales de construccion, cuyo conjunto forman las canteras.

ORÍGENES

Art. 2.º Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 518.—Corresponden á la segunda seccion los pláceres, arenas ó aluviones metalíferos, los minerales de hierro, de pantanos, el esmeril, ocres y almagras, los escoriales y terrenos metalíferos procedentes de beneficios anteriores, las turberas, las tierras piritosas, aluminosas, magnesianas y de batan, los salitrales, los fosfatos calizos, la baritina, espatofluor, esteatita, kaolin y las arcillas.

ORÍGENES

Art. 3.º Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 519.—Se comprenden en la tercera seccion los criaderos de las sustancias metalíferas, la antracita, hulla, liguito, asfalto y bétunes, petróleo y aceites minerales, el grafito, las sales alcalinas y terro-alcalinas, ya se encuentren en estado sólido, ya disueltas en el agua, las caparrosas, el azufre y las piedras preciosas.

Debe considerarse que pertenecen tambien á este grupo, las aguas subterráneas.

ORÍGENES

Art. 4.º Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

(1) En prensa ya este capítulo, se ha presentado al Senado un proyecto de ley de minas en que se aceptan las bases del Decreto-ley de 1868. En la imposibilidad de darle cabida en este lugar, incluiremos dicho proyecto, si llega á ser ley, en el Apéndice.

Artículo 520.—En todos los terrenos que contengan las sustancias expresadas por los artículos anteriores, ú otras á ellas análogas, se considerarán siempre para los efectos de la ley dos partes distintas:

Primera. El suelo que comprende la superficie propiamente dicha, y ademas el espesor á que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentacion, ya con otro objeto cualquiera distinto del de la minería.

Segunda. El subsuelo, que se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termine.

ORÍGENES

Art. 5 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 521.—El suelo podrá ser de propiedad particular ó de dominio público, y el dueño nunca pierde el derecho sobre él, ni á utilizarlo, salvo caso de expropiacion: el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado, y éste podrá, segun los casos y sin más regla que la conveniencia, abandonarlo al aprovechamiento comun, cederlo gratuitamente al dueño del suelo, ó enajenarlo mediante un cánon á los particulares ó asociaciones que lo soliciten; pero todo ello con sujecion estricta á lo que determinan los artículos siguientes.

ORÍGENES

Art. 6.° Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 522.—Las sustancias comprendidas en la primera seccion son del aprovechamiento comun cuando se hallan en terrenos de dominio público.

Cuando estén en terrenos de propiedad privada, el Estado, confirmando el art. 3.° de la ley vigente de minas, cede dichas sustancias al dueño de la superficie, quien podrá considerarlas como propiedad suya, y utilizarlas en la forma y tiempo que estime oportunos, sin que quede sometido á las formalidades y cargas del presente capítulo.

Estas explotaciones sólo estarán sujetas á la intervencion administrativa en lo que se refiere á la seguridad de las labores, segun determina el reglamento de inspeccion y policía mineras.

ORÍGENES

Art. 7.° Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 523.—Las sustancias comprendidas en la segunda seccion estarán sujetas, en cuanto á la propiedad y á la explotacion, á las mismas condiciones del artículo precedente. Pero cuando se hallen en terrenos de particulares, el Estado se reserva el derecho de cederlas á quien solicite su explotacion, si el dueño no las explota por sí, con tal que ántes se declare la empresa de utilidad pública, y se indemnice al dueño por la superficie expropiada y daños causados. Segun el art. 534 (19 de la ley) establece, el que obtenga la concesion deberá pagar anualmente un cánon de cuatro pesetas por hectárea; pero el dueño está libre de esta carga si lleva á cabo por sí la explotacion.

ORÍGENES

Art. 8.° Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 524.—Las sustancias de la tercera seccion sólo podrán explotarse en virtud de concesion que otorgue el Gobierno, con arreglo á las prescripciones de la ley.

La concesion de las sustancias á que se refiere este artículo, constituye una propiedad separada de la del suelo: cuando una de ambas deba ser anulada y absorbida por la otra, proceden la declaracion de utilidad pública, la expropiacion y la indemnizacion correspondiente.

ORÍGENES

Art. 9.° Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

COMENTARIO

La ley de minas gira basada en este principio: la propiedad del subsuelo pertenece originariamente al Estado, es decir, la teoría del dominio eminente aplicada á las sustancias minerales.

Partiendo de esta base, para nosotros inaceptable, nacen despues consecuencias ilógicas con aquel principio, que se desenvuelven on los artículos sucesivos.

Divídense los depósitos mineros en tres clases, clasificacion que no obedece á principio ninguno científico, sinó única y exclusivamente á separar las sustancias minerales, tomando para ello como punto de partida la importancia y valor de las mismas sustancias.

Una vez consignada la clasificacion, la ley hace uso de ella al determinar de qué manera debe procederse para su aprovechamiento.

Si las sustancias estuviesen comprendidas en la primera seccion y se hallaren en terrenos de particulares, la propiedad del subsuelo pertenece al mismo dueño que la superficie, el cual podrá explotar la mina sin sujecion á formalidades, cánon, ni otra intervencion que la referente á la seguridad de las labores.

Cuando se trate de sustancias comprendidas dentro de la segunda seccion, la mina corresponderá al primero que la solicite, salvo el derecho de prioridad que corresponde al dueño de la superficie.

En caso de que el mineral esté comprendido en la seccion tercera, el Gobierno concederá la explotacion al que primero hubiere denunciado la existencia del depósito minero, y solicitado concesion en los términos y forma que se determinarán en otros artículos.

Tales son los principios fundamentales sobre que descansa la legislacion minera vigente.

Diremos francamente que no nos satisface de ninguna manera.

En primer lugar, la teoría del dominio eminente del Estado nos parece completamente inadmisible.

En segundo lugar, la division entre el suelo y el subsuelo es abstracta, más aún, de pura fantasía.

En tercer lugar, las tres diversas reglas que rigen para el aprovechamiento de las sustancias minerales, acusan una falta de base científica y sólida en la ley.

Tres son las teorías principales que acerca de la propiedad de las minas exponen los autores.

Es el primero de los sistemas, el que aceptando por base la consideracion de *nullius* de las minas, otorga su propiedad al Estado en virtud del dominio eminente.

Algunos, sin embargo, como Mirabeau, hacen dentro de esta escuela una distincion, pues en lugar de adjudicar la propiedad de las minas al Estado por el dominio eminente, sostienen que los particulares lucharían para apropiarse bienes tan productivos como las minas, y que el Estado, en prevision de estas excisiones, que podrían ser de fatales resultados, se declara dueño de ellas, bien para explotarlas directamente, bien para concederlas á los ciudadanos.

Otros, comprendiendo lo deleznable de las razones anteriores, acuden á defender la prerogativa del Estado, suponiendo que todo pertenece á la humanidad, y por lo tanto al Estado, en representacion—dicen—de aquélla. De esta manera, negando el derecho de propiedad particular, opinan que el individuo solamente posee ciertas cosas por pura complacencia del Estado, en perjuicio de los demas asociados.

De cualquier manera, rechazamos por completo todo sistema que tienda á adjudicar al Estado el dominio de las mismas, siquiera su explotacion haya de concederse á los particulares. El dominio eminente es una ficcion inadmisible, y en último caso el Estado no puede ser propietario; lo condena su fin y sus condiciones económicas.

La segunda teoría es la iniciada por Turgot, en virtud de la cual, considerando que la mina es una riqueza ignorada, sobre la que nadie tiene derecho miéntras permanece sin descubrir, debe, por consiguiente, adjudicarse al primero que la encuentra y se la apropia. Negamos que sea posible equiparar la ocupacion ó invencion de una mina á la ocupacion ó invencion de una cosa cualquiera, puesto que ésta suele ser producto de la casualidad que coloca un objeto al alcance de nuestra mano, sin violar en lo más mínimo un derecho ajeno, lo cual no sucede tratándose de la mina, pues para apoderarse de ésta, es decir, para explotarla, hay que comenzar por violar el derecho del dueño de la superficie. Ademas, ¿cómo puede sostenerse que se ocupa aquello que se desconoce? ¿Cómo puede apoderarse de una mina que ignora hasta dónde llega?

A este sistema y al anterior es comun un error notabilísimo, cual es el de pretender hacer una distincion empírica entre el suelo y el subsuelo.

Bien se adjudique la propiedad de las minas al Estado, bien sean premio de la invencion, es preciso partir de una base: la division entre el suelo y el subsuelo. Ahora bien, esa division es puramente imaginaria é imposible: señalar el punto limítrofe, la línea divisoria entre ambas propiedades, no sólo es imposible prácticamente, sinó que hasta en la teoría se determina por el capricho y la arbitrariedad.

Las leyes tropezaron con esta dificultad insuperable y no lograron salvarla. Allí, dijeron, donde terminan las excavaciones que necesita el propietario para formar los cimientos de la casa ó para hallar aguas, comienza el subsuelo. ¿Hay nada más fantástico?

La voluntad del propietario, la calidad del terreno, la importancia de la construccion que intente, y hasta el órden arquitectónico que pretenda aceptar, harán más ó ménos extensos los derechos del propietario, ó mejor dicho, alterarán la naturaleza misma de la propiedad.

Lo que hoy es subsuelo, mañana será suelo en virtud de los trabajos del propietario.

Si éste hace excavaciones en busca de agua ó de terreno firme, todo aquello lo hace en el suelo; si aquellas mismas excavaciones, ó acaso ménos profundas, las practica con objeto de extraer mineral, se trueca todo aquello en subsuelo.

No necesitamos insistir sobre este punto ni lo consiente la índole del libro.

El tercer sistema es el practicado en Inglaterra. En virtud de él, el dueño de la superficie lo es igualmente de la mina que oculta: es dueño de toda la profundidad, del mismo modo que lo es de toda la elevacion hasta donde sus fuerzas alcancen.

Este sistema es, á nuestro entender, el único que descansa en una base sólida y científica. Es lógico con todas las otras leyes civiles, y acepta desde luégo como imposible la division de suelo y subsuelo. Conócese tambien este sistema con la denominacion de civil.

No ha sido objeto de ninguna impugnacion seria, pues la consideracion de que puede perjudicar los intereses de la minería, impidiendo el frecuente laboreo no es atendible, porque la experiencia enseña que el propietario se une entónces al minero sin menoscabo de la produccion. Bajo este punto de vista, goza del prestigio de las leyes inglesas, cuyo país es, sin duda, el más minero de Europa.

SECCION SEGUNDA

DE LAS INVESTIGACIONES Y DE LAS PERTENENCIAS MINERAS

Artículo 525.—Todo español ó extranjero podrá hacer libremente, en terrenos de dominio público, calicatas ó excavaciones que no excedan de diez metros de extension en longitud y profundidad, con objeto de descubrir minerales; para ello no necesitará licencia, pero deberá dar aviso previamente á la autoridad local. En terrenos de propiedad privada no se podrán abrir calicatas sin que preceda permiso del dueño ó de quien lo represente.

ORÍGENES

Art. 10 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 526.—La pertenencia ó unidad de medida para las concesiones mineras, relativas á las sustancias de la segunda y de la tercera seccion, es un sólido de base cuadrada de cien metros de lado, medidos horizontalmente en la direccion que designe el peticionario, y de profundidad indefinida para estas últimas sustancias. Para las primeras termina dicha profundidad donde concluye la materia explotable.

ORÍGENES

Art. 11 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 527.—Los particulares podrán obtener cualquier número de pertenencias por una sola concesion, con tal que este número sea superior á cuatro. Todas las pertenencias que por su conjunto formen una concesion, deberán estar agrupadas sin solucion de continuidad, de suerte que las contiguas se unan en toda la longitud de uno cualquiera de sus lados.

ORÍGENES

Art. 12 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 528.—Cuando entre dos ó más concesiones resulte un espacio franco, cuya

extension superficial sea menor de cuatro hectáreas ó que no se preste á la division por pertenencias, se concederá á aquel de los dueños de las minas limítrofes que primero lo solicite, y por renuncia de éstos á cualquiera particular que lo pida.

ORÍGENES

Art. 13 Dec.-Ley 27 Diciembre 1868.

Artículo 529.—La pertenencia minera es indivisible en las compras, ventas, cambios ú otras operaciones análogas de los dueños de las minas.

ORÍGENES

Art. 14 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

COMENTARIO

Las pertenencias mineras que estén unidas en una concesion ¿podrán enajenarse separadamente?

Entienden algunos que este artículo se refiere tan sólo á la individualidad de la pertenencia, no de la concesion, de manera que una pertenencia no podrá ser enajenada por iguales partes de dos dueños diferentes; pero las diversas pertenencias que forman parte de una concesion podrán enajenarse por separado. Fundan su opinion las que de esta manera se expresan en que el artículo habla solamente de pertenencias, pudiendo haberlo hecho de concesiones, si así hubiera sido la intencion del legislador. Esto indudablemente es irrebatible: la concesion, por lo tanto, no puede considerarse como indivisible con arreglo á lo que dispone este artículo. Ahora bien, se ha tropezado con una dificultad y es lo establecido en el art. 527 (12 de la ley) que dispone que no puedan hacerse concesiones de ménos de cuatro pertenencias cuyo artículo queda estéril desde el momento en que puedan enajenarse las pertenencias separadamente. A esto se ha procurado hallar solucion de la siguiente manera: pueden cumplirse á un mismo tiempo ambos artículos de tal manera que el Gobierno no pueda conceder ménos de cuatro pertenencias con arreglo á aquel artículo; mas sin perjuicio de que el concesionario pueda disponer libremente de cada una de las pertenencias que se le adjudicaron.

En cuanto á las relaciones entre el Gobierno y el minero,—se dice,—la unidad minera es el conjunto de cuatro pertenencias, bien pertenezcan á uno ó á diversos dueños; para el minero en relacion con el comprador la unidad minera é indivisible es la pertenencia.

Esta segunda parte del razonamiento no la hallamos tan sólida como la primera. El señalar en la ley como unidad minera cuando se trata de las relaciones entre el Gobierno y el minero, la concesion de cuatro pertenencias, tiene su objeto tal vez meramente administrativo ó tributario y que podria dejar de cumplirse con la enajenacion parcial de las pertenencias.

Así, por ejemplo, cuando llegue el caso del art. 538 (23 de la ley), y por falta de pago del importe de un año de cánon, se proceda por la via de apremio contra el concesionario, y éste resulte insolvente, y en su consecuencia se declare nula la concesion y se saque á pública subasta la mina, ¿qué derechos concede la ley al adquirente de una de las pertenencias? Declarar *nula la concesion* y sacar la mina á pública subasta, no es declarar nula la parte de concesion respecto de la cual no se haya satisfecho el cánon, ni es tampoco sacar á la venta tres de las cuatro pertenencias de que constaba.

Es preciso, por consiguiente, ó torcer la interpretacion del artículo que comentamos, ó torcer la del art. 538 (23 de la ley).

¿Podrá con arreglo á este último declararse la caducidad de media concesion porque resulte que el dueño de las otras dos pertenencias tiene satisfecho su cánon? ¿Puede sacarse á subasta por el Gobierno una sola ó dos pertenencias? Pues entónces queda violado el art. 526 (11 de la ley), que quiere que la unidad minera sea el conjunto de cuatro pertenencias, cuando se trate de las relaciones entre el particular y el Gobierno.

De todos modos si el legislador quiso que pudieran venderse porciones de mina, si consintió que pudieran declararse nulas en parte y en parte válidas y subsistentes las concesiones, no debió haber hablado en términos tan generales como está redactado el art. 538 (23 de la ley), sinó que debió haber manifestado su voluntad del mismo modo que ántes hemos dicho.

No tenemos la pretension de haber rebatido aquella doctrina. Nuestro deseo ha sido solamente exponer las razones, en nuestro sentir no de gran fuerza, para no aceptar desde luégo la opinion de que nos hemos ocupado, sin poner en frente otra más acertada ni pretender demostrar otra cosa que los defectos de la ley.

SECCION TERCERA

DE LAS CONCESIONES, EXPLOTACION Y CADUCIDAD DE LAS MINAS

Artículo 530.—Para obtener la propiedad de cuatro ó más pertenencias mineras, ya de la segunda, ya de la tercera seccion, se acudirá al gobernador por medio de una solicitud en que se expresen con claridad todas las circunstancias de la concesion que se solicita. El gobernador, instruído el oportuno expediente, segun en el reglamento se determine, y demostrada la existencia de terreno franco, deberá precisamente en todos los casos, previa la publicidad necesaria para oir las reclamaciones que pudieran intentarse, disponer que se demarque la concesion, y otorgar ésta en un plazo que no exceda de cuatro meses, á contar de la fecha de la presentacion del escrito.

ORÍGENES

Art. 15 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

COMENTARIO

El que solicite el registro de una mina deberá hacer la consignacion de 30 escudos, siempre que la solicitud fuere por un número de hectáreas pedidas que no exceda de doce: si excedieren consignarán cuatro pesetas más por cada una, y en casos extraordinarios, si el gobernador calculare que los gastos habían de ser superiores á las cantidades consignadas, podrá, previo presupuesto informado por el ingeniero jefe, exigir que se consigne el aumento necesario para cubrir el gasto calculado de las operaciones periciales (art. 73 Reglamento; R. O. 8 Marzo 1861, y R. O. 18 Diciembre 1871).

Los interesados podrán exigir que se admita la solicitud para la concesion minera, áun cuanno hayan consignado cantidad alguna, y que se anote á su presencia en el libro de registros, reclamando el oportuno resguardo. En este caso deberá constituirse el depósito en los diez días siguientes al en que se hizo la anotacion, al cabo de los cuales se inutiliza la solicitud y registro (R. O. 18 Setiembre 1872).

Renunciando los interesados á su solicitud, tendrán derecho á que se les devuelvan las cantidades depositadas, siempre que la renuncia se haga ántes de que se anuncien en el *Boletin Oficial* de la provincia las operaciones periciales que deben practicar los ingenieros para la demarcacion; despues de anunciadas, la renuncia de concesion sólo podrá hacerse en el sitio de la demarcacion, y sólo tendrán derecho los renunciantes al resto del depósito, si le hubiere, despues de satisfacer las cuentas de los ingenieros (R. O. 30 Julio 1872).

El que trate de registrar en un terreno franco una ó más pertenencias, presentará una solicitud de registro, acompañando al propio tiempo la designacion de las pertenencias que solicitare. Esta solicitud se admitirá en el acto, recibirá su número de órden y se anotará hasta el minuto de presentacion. Cada interesado tiene derecho á que se le entregue el oportuno resguardo que acredite la presentacion de la solicitud, y se redactará sin levantar mano, y que debe contener el nombre, vecindad, calle, número de la casa, profesion, edad del solicitante, término, partido y lindes del terreno que se pretende adquirir, número de pertenencias, nombre del dueño del terreno, si fuere de propiedad particular, expresion de si se han hecho calicatas y permiso del dueño para hacerlas en su caso, nombre que se pone á la mina.

La designacion que acompaña á la solicitud de registro contendrá ademas expresion del sitio que ha de servir de punto de partida, marcando en lo posible la direccion y distancia en que se halle de cualquier otro punto indubitado y fijo, y los metros que han de medirse en direccion N., fijándose en ella la primera estaca; los metros que han de medirse en direccion E., y así sucesivamente, hasta que resulte formado el rectángulo de las pertenencias solicitadas, concluyendo con la de que, teniendo por presentada la solicitud con la cantidad de... que á la vez consigna, se sirva dar al expediente la instruccion de ley y reglamento, á fin de que en su día se le expida el correspondiente título. La designacion de que nos hemos ocupado, podrá hacerse en pliego separado de la solicitud

siempre que se presente á un mismo tiempo (Reglamento, art. 29).

No será preciso acompañar la designacion mencionada, cuando la solicitud sea de una demasía, porque expresadas las concesiones entre las que el peticionario desea obtenerla, no puede existir en la peticion del terreno la ambigüedad que se trata de evitar en los demas casos (Orden 30 Noviembre 1870).

Cuando de los reconocimientos del ingeniero resultare que, ni los puntos de referencia ni los linderos corresponden á los mencionados en la designacion, ó que estos últimos no son linderos ó distan del punto de partida de las labores un espacio duplo del fijado en la solicitud ó escrito repectivo, se considerará distinto el terreno pretendido de aquel en que se practique el reconocimiento, y quedará sin efecto la designacion y sin curso el expediente, decretándolo así el gobernador (Reg. 24 Junio 1868, artículo 30).

Artículo 531.—La prioridad en la presentacion de la solicitud da derecho preferente; pero si se trata de sustancias de la segunda seccion, el dueño será siempre preferido si se compromete á explotarlas en el plazo que la Administracion le marque y no exceda de treinta días.

ORÍGENES

Art. 16 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.
Orden 17 Octubre 1872.

Artículo 532.—La demarcacion de los límites en cada concesion deberá hacerse cumplidas que sean las condiciones del artículo 530 (15 de la ley), aunque no haya mineral descubierto ni labor ejecutada. Estas demarcaciones podrán comprender toda clase de terrenos, edificios, caminos, obras, etcétera, siempre que los trabajos mineros se ejecuten con sujecion á las reglas de policía y seguridad.

ORÍGENES

Art. 17 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

JURISPRUDENCIA

El interesado podrá variar el rumbo de la demarcacion si el cambio no infiere perjuicio á tercero (Sent. del Consejo 8 Julio 1857).

La demarcacion no prejuzga el derecho á la preferencia para la concesion (Sent. del Consejo 10 Noviembre 1858).

Los dueños de las minas colindantes deberán ser citados; si no lo fueren, pero asistieren á la demarcacion, ésta será válida, porque siendo el objeto de la citacion que puedan presenciarla y alegar su derecho, se ha cumplido el objeto de la ley y queda subsanado el defecto (Sentencia del Consejo 12 Noviembre 1856, y 31 Mayo 1864).

Las protestas han de hacerse en el acto de la demarcacion contra ella y sus consecuencias: si no se hacen, no puede despues entablarse recurso alguno y ha de quedar subsistente la demarcacion en la direccion que se le haya dado (Sents. del Consejo 13 Junio 1858, y 18 Junio 1864).

No pueden admitirse protestas de otras personas que los dueños de las minas colindantes, ni es necesario notificar á los mineros de minas lejanas, ni pueden reclamar éstos porque no se les haya notificado (Sent. del Consejo 18 Junio 1864).

Los ingenieros han de ajustarse á la designacion que haga el interesado, á quien la ley faculta para establecer la demarcacion al rumbo que crea conveniente, siempre que haya terreno franco (Sents. del Consejo 25 Diciembre 1857 y 22 Febrero 1865).

COMENTARIO

Los interesados deberán solicitar que se practique la demarcacion de las pertenencias que pretendieren obtener, en el término de cuatro meses contados desde la presentacion y admision á registro. Los gobernadores cuidarán de que no se rechace dentro de este término la solicitud de demarcacion. Trascurrido el mismo, el expediente quedará sin curso y fenecido (Reglamento, art. 44).

La demarcacion no puede suspenderse á pretexto de la prioridad de otro registro no demarcado aún, siempre que sea en terreno franco, esto es, aquel en que no hay otra mina anteriormente demarcada y no declarada denunciable.

Las reclamaciones de los interesados que no se conformen con las indemnizaciones que hubieren determinado los peritos, no producirán el efecto de suspender la demarcacion: bastará que el concesionario consigne en la Caja general de Depósitos el valor tasado á las indemnizaciones (Reglamento, arts. 7.º y 85).

Los dueños de las minas colindantes deberán ser notificados á fin de que puedan asistir y alegar lo que á su derecho corresponda, á las operaciones de demarcacion.

Los ingenieros levantarán un plano topográfico, del que se presentarán al gobierno de provincia dos ejemplares trazados en papel marquilla ó tela, acompañados de la oportuna explicacion (Orden 9 Mayo 1874).

Devuelto por el ingeniero el expediente del registro demarcado, el gobernador dispondrá que se notifique inmediatamente al interesado ó su representante en la forma prescrita, el número de pertenencias demarcadas. Dentro del término de quince días contados desde el siguiente al de la notificacion, los interesados ó representantes consignarán en los Gobiernos de provincia, en papel de reintegro, la cantidad de 15 pesetas por cada expediente cuando éste no comprenda más de quince hectáreas, si el mineral objeto de las concesiones fuere hierro, carbon de piedra, antracita, lignito, turba, asfalto, arcillas betuminosas ó carbonosas, sulfato de sosa, sal gemma, escoriales ó terreros, y una peseta más por hectárea que exceda de las quince. Para todos los demas minerales se abonarán 15 pesetas por cada expediente, cuando éste no comprenda más de seis hectáreas, y ademas 2 pesetas 50 céntimos por cada hectárea que exceda de seis. Cuando el expediente comprenda ménos de seis ó quince respectivamente, se abonarán siempre 15 pesetas. Entregarán ademas dentro del mismo plazo, y tambien en papel de reintegro, la cantidad que corresponda al papel del sello en que haya de extenderse el título de propiedad (Orden 13 Junio 1874, reformando el art. 56 del Reglamento).

Artículo 533.—Cuando el objeto de la concesion sea ejecutar galerías generales de investigacion, desagüe ó trasporte, se solicitarán las pertenencias necesarias, siempre que hubiere terreno franco, como en las demas concesiones; pero si estos trabajos hubieren de atravesar pertenencias ya concedidas, el empresario deberá ponerse de acuerdo previamente con los dueños respectivos, y concertar todas las demas condiciones para el caso de encontrar mineral. Si los dueños de las pertenencias se opusieran á la ejecucion de dichas galerías, no podrán éstas llevarse á cabo á ménos que no se instruya expediente de utilidad pública.

ORÍGENES

Art. 18 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 534.—Las concesiones para la explotacion de sustancias minerales, son á perpetuidad, mediante un cánon anual por hectárea, que se fijará en la forma siguiente: Las piedras preciosas y los criaderos de las sustancias metalíferas comprendidas en la tercera seccion, exceptuando el hierro, diez pesetas.

El hierro, las sustancias combustibles, los escoriales y terrenos metalíferos y las demas sustancias de la segunda y tercera seccion, 4 pesetas.

El cánon deberá pagarse desde la fecha en que se haga la concesion, y miéntras el dueño de la mina satisfaga puntualmente dicha cantidad, la Administracion no podrá privarlo del terreno concedido, sea cual fuere el grado en que lo explote.

ORÍGENES

Art. 19 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.
Ley 24 Julio 1871.

Artículo 535.—Si en un mismo terreno existen sustancias de la segunda y de la tercera seccion y es imposible explotar ambas á la vez, se concederán al primer solicitante, sea el que quiera. Si éste solicita explotar las sustancias de la tercera seccion, podrá extender sus trabajos mineros á las de la segunda; pero si la peticion se refiere á éstas últimas, agotadas que sean, necesitará el interesado nueva concesion para explotar cualquiera de las de la tercera.

ORÍGENES

Art. 20 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

COMENTARIO

Por órden de 14 de Noviembre de 1870 se dictaron las siguientes disposiciones:

1.ª Los gobernadores de provincia, al comunicar á las Administraciones económicas respectivas la concesion de pertenencias mineras, cuidarán de expresar la seccion á que corresponda y sustancia minera que se trata de explotar.

2.ª El cánon exigible cuando no haya mine-

ral descubierto, será el que corresponda á la seccion y sustancia á que la concesion se refiera.

3.ª Si no se expresare la sustancia y se tratase de una seccion que comprenda varias sujetas á cánon diverso, se exigirá el máximum de los que el Dec. de 29 de Diciembre de 1868 establece.

4.ª La Administracion económica se reserva el derecho, en todo caso, de investigar cuando haya mineral, la clase á que corresponda, verificándose y exigiendo á su tenor el cánon de superficie.

5.ª Asimismo, cuando por no expresarse en la concesion la sustancia minera que exija el cánon máximo, el interesado, una vez descubierto el mineral, podrá reclamar de perjuicios con arreglo á la ley vigente de Contabilidad.

Artículo 536.—Los mineros podrán disponer libremente, como de cualquiera otra propiedad, de cuantos derechos se les aseguran en el presente capítulo.

Se exceptúan los productos minerales estancados, sobre los que se observarán las reglas que rigieren en la materia miéntras subsista el estanco.

ORÍGENES

Art. 21 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

JURISPRUDENCIA

Las minas están sujetas, como cualesquiera otros bienes, á la propiedad particular y á la contratacion, y, por lo tanto, su explotacion puede ser objeto de contrato de arrendamiento (Sent. 19 Febrero 1871).

COMENTARIO

Para disponer de los minerales (sujetos á concesion especial) es preciso que el minero haya obtenido el título de propiedad de sus pertenencias (art. 58 ley 1859).

Estos títulos de propiedad deberán inscribirse en el Registro con arreglo á la Ley Hipotecaria: bien entendido, que cuando se trate de sustancias comprendidas en la primera seccion, y éstas sean adjudicadas al dueño de la superficie *sin que quede sometido á las formalidades de la ley*, no tendrá que inscribir su derecho en el Registro, pues que entónces verdaderamente no se establece la division de suelo y subsuelo, sinó que están consolidados formando una sola propiedad.

Artículo 537.—Los mineros explotarán libremente sus minas, sin sujecion á prescripciones técnicas de ningun género, exceptuando las generales de policía y seguridad. Para afirmar el cumplimiento de estas últimas, la Administracion, por medio de sus agentes, ejercerá la oportuna vigilancia.

ORÍGENES

Art. 22 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 538.—Las concesiones mineras sólo caducarán cuando el dueño deje de satisfacer el importe de un año del cánon que le corresponda, y que, perseguido por vía de apremio, no lo satisfaga en el término de quince días ó resulte insolvente. En este caso se declarará nula la concesion y se sacará la mina á pública subasta; de la cantidad que se obtenga, la Administracion retendrá la suma que se le adeudaba, los gastos originados y el 5 por 100 del total; el resto se entregará al primer dueño. Si no diesen resultado tres subastas sucesivas, se declarará el terreno franco.

Hasta que el dueño de la mina participe al gobernador su desistimiento ó abandono, permanecerá sujeto á las cargas y prescripciones de la ley y de los reglamentos para su ejecucion.

ORÍGENES

Art. 23 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

COMENTARIO

Por la legislacion anterior á 1868, si no se hacían en las minas labores formales que se sostuviesen ciento ochenta y tres días al año; si no resultaba la labor mínina que señalasen los ingenieros; si no tenían la poblacion legal de cuatro operarios por pertenencia y durante medio año, y si no pagaba el cánon, se entendía caducada la concesion.

La ley de 1868 cambió por completo el carácter de la caducidad de las concesiones. Así pues, la falta de laboreo, la carencia de operarios y lo demas que enumeraba la ley de 1859, no son hoy motivos de caducidad. Solamente la falta de pago del cánon anual puede producir aquel resultado.

Nos parece conveniente la doctrina que ha

inspirado á la ley de 1868 en este asunto. Al Estado deben preocuparle poco los trabajos que el minero practique; el pago del cánon es el mejor acicate al interes del minero. Al mismo tiempo ha venido á evitar los males que llevaban consigo los antiguos desahucios, fuentes de inmoralidad que urgía secar.

Observa Escriche aportunamente, que la disposicion del artículo que comentamos no guarda consonancia con los principios del Derecho, porque si se declara *nula* la concesion, se declara que no ha existido, que no ha producido efectos ningunos, y, por lo tanto, el concesionario no tiene derecho á que se le abone la cantidad sobrante.

Dos caminos,—añade,—pudo haber seguido la ley: ó considerar la condicion de pagar el cánon como esencial para adquirir el dominio, en cuyo caso no cumplida, revertía la mina á su poder como si nunca se hubiese cedido, sin perjuicio de perseguir al deudor para el cobro de lo adeudado: ó considerarla como una carga real de la finca como lo es en la demas propiedad, y sin declarar la nulidad de la concesion perseguir al concesionario en sus bienes por la vía de apremio como se persigue á cualquier propietario que no satisface las contribuciones impuestas sobre sus bienes.

La propiedad minera está sujeta al pago de impuestos como propiedad mueble cuando se halla representada en acciones nominativas ó al portador; y como propiedad inmueble cuando no esté representada por acciones ó cuando se trate de la trasmision, constitucion, modificacion ó extincion de los derechos reales sobre la misma.

La propiedad minera ¿es mueble ó inmueble?

Dentro del derecho constituído, es indudable que las minas tienen la consideracion de inmuebles; así lo dispone la Ley Hipotecaria.

En el terreno de los principios puede sostenerse para las minas la consideracion de bienes muebles.

Basta para ello tener presente que, segun los principios económicos, no son *bienes* sinó aquellos objetos que se hallan en disponibilidad inmediata (1) de satisfacer alguna necesidad ó fin humanos, y que en la mina (en el sentido legal de la palabra), esto es, la sustancia mineral, miéntras está en la condicion de cosa inmueble, carece de aquella disponibilidad inmediata que adquiere en cuanto se trasforma y se convierte en mueble. De aquí se deduce, que la mina puede ser *cosa* inmueble; pero es *bien* mueble, ó lo que es igual, que hasta que es mueble no es *bien* en el sentido económico de la frase.

SECCION CUARTA

DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS MINEROS

Artículo 539.—Todo minero deberá facilitar la ventilacion de las minas colindantes: estará sujeto á la servidumbre del paso de aguas de dichas minas hacia el desagüe general, y asimismo á las reglas de policía que en el reglamento especial se determinen. En todas estas servidumbres procederá la correspondiente tasacion é indemnizacion.

ORÍGENES

Art. 24 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

JURISPRUDENCIA

La disposicion del art. 55 de la ley de Minas (que es el 24 del Dec.-Ley de 1868), se refiere á las servidumbres que mutuamente se deben los mineros: la apertura de un pozo de ventilacion de una mina hecho en terreno de un particular no minero, debe considerarse por analogía dentro del art. 542 (27 del Dec.-Ley), referente á las servidumbres en terrenos particulares necesarias para la industria, y no puede imponerse sin que precedan los requisitos que marca la ley

(1) Esta disponibilidad inmediata supone en la cosa la propiedad de ser aplicable á la satisfaccion de una necesidad material ó inmaterial, bien directamente, bien mediante la produccion de frutos. La tierra, sin dejar de ser inmueble, da frutos: la mina no comienza á darlos hasta que se ha extraído el mineral que es el *capital*, y no el *fruto* como erróneamente se ha sostenido. La mina no da por fruto el mineral, sinó la renta que este capital produce. Esto sentado, la mina no comienza á dar fruto sinó despues de extraído el capital (mineral): miéntras el capital está inmueble, ni directa ni indirectamente satisface las necesidades humanas.

de expropiacion forzosa (Sent. del Consejo 24 Abril 1866).

Artículo 540.—Para ejecutar galerías de investigacion, trasporte ó desagüe se seguirán las reglas que marca el art. 533 (18 de la ley).

ORÍGENES

Art. 25 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 541.—Todo dueño de minas indemnizará por convenios privados ó por tasacion de peritos, con sujecion á las leyes comunes, los daños y perjuícios que ocasionare á otras minas, ya por acumulacion de agua en sus labores si requerido no las achicase en el plazo de reglamento, ya de otro modo cualquiera por el cual resultare menoscabo á intereses ajenos dentro ó fuera de las minas.

Entre los perjuícios ocasionados se contarán siempre los que correspondan al tiempo que tarde en verificarse el desagüe, y ademas entregará el causante del dueño de la mina perjudicada una parte de los beneficios obtenidos, si los hubiere á juício de partes.

ORÍGENES

Art. 26 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

Artículo 542.—Los mineros se concertarán libremente con los dueños de la superficie acerca de la extension qué necesiten ocupar para almacenes, talleres, lavaderos, oficinas de beneficio, depósitos de escombros ó escorias, instalacion de máquinas, boca-minas, etc. Si no pudieran avenirse, ya en cuanto á la extension, ya en cuanto al precio, el dueño de la mina solicitará del gobernador la aplicacion de la ley sobre utilidad.

En los informes del ingeniero y la Diputacion, se tendrá en cuenta y se apreciarán como corresponda: primero, la necesidad de la expropiacion; segundo, las ventajas que por una y otra parte ofrecen, ya la explotacion de las minas, ya el cultivo ó explotacion del suelo para poner en claro de este modo cuál de ambos intereses debe ser atendido.

En todo caso deberá preceder al acto de expropiar la correspondiente indemnizacion.

ORÍGENES

Art. 27 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

JURISPRUDENCIA

Cuando el dueño del terreno expropiado no se conforme con la tasacion, el concesionario de la mina consignará en la Caja de Depósitos el valor tasado de las indemnizaciones con sus aumentos, quedando reservada la entrega de las cantidades para cuando se resuelvan los recursos que se intentaren (Sent. del Consejo 15 Abril 1867).

Artículo 543.—Los mineros son dueños de las aguas que encuentren en sus trabajos. Una ley especial fijará reglas sobre el aprovechamiento de las corrientes subterráneas y sobre los derechos de los particulares por cuyas pertenencias atraviesen.

ORÍGENES

Art. 28 Dec.-Ley 29 Diciembre 1868.

COMENTARIO

Hé aquí lo que las leyes disponen respecto de las minas. En cuanto á las disposiciones de policía y salubridad que deben observar los mineros, no pueden ser objeto de este libro.

En cuanto á la jurisdiccion en materia de minas, solamente diremos que todos los expedientes que con este motivo hayan de formarse son puramente administrativos y que se sustancian ante los gobernadores, cuyo fallo les pone término, sin perjuício de los recursos que la ley confiere á los mineros para acudir al Ministro de Fomento, á la Comision provincial y al Consejo de Estado.

De todos los acuerdos de los gobernadores se puede recurrir ante el Ministro de Fomento, pues las resoluciones de aquéllos no son ejecutorias más que en este caso: cuando se trate de rechazar el nombre mal sonante ó inconveiente dado á la mina.

La regla general es que de toda resolucion del gobernador se recurre ante el Ministro, pero hay una excepcion. La declaracion de caducidad de alguna concesion es apelable únicamente ante las Comisiones provinciales y despues ante el Consejo de Estado.

Tambien en las cuestiones que surjan entre la Administracion y los concesionarios será competente la Comision provincial, con apelacion al Consejo de Estado.

La prolijidad de disposiciones contenidas en la ley de 1859, en el Reglamente de minas y en el sinnúmero de reales órdenes y decretos aclaratorios dictados con posterioridad sobre la manera de proceder en las diversas cuestiones que pueden nacer de la concesion minera, nos impiden ser más extensos en esta materia.

CAPÍTULO IV

DE LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS

SECCION PRIMERA

DE LAS AGUAS DEL MAR

§ I

Del dominio de las aguas del mar litoral y de sus playas, de las accesiones y servidumbres de los terrenos contiguos.

Artículo 544.—Son del dominio nacional y uso público, sin perjuicio de los derechos que correspondan á los particulares:

Primero. La zona marítimo-terrestre, que es el espacio de las costas ó fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales en donde no lo sean.

Esta zona marítimo-terrestre se extiende tambien por las márgenes de los ríos en que sean navegables ó se hagan sensibles las mareas.

Segundo. El mar litoral ó bien la zona marítima que ciñe las costas ó fronteras de los dominios de España, en toda la anchura determinada por el derecho internacional, con sus ensenadas, radas, bahías, puertos y demas abrigos utilizables para la pesca y navegacion. En esta zona dispone y arregla el Estado la vigilancia y los aprovechamientos, así como el derecho de asilo é inmunidad, conforme todo á las leyes y á los tratados internacionales.

ORÍGENES

Art. 1.º Ley 7 Mayo 1880.

Artículo 545.—Son de dominio público los terrenos que se unen á la zona marítimo-terrestre por las accesiones y aterramientos que ocasione el mar. Cuando por consecuencia de estas accesiones y por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la expresada zona avance hacia aquél, los terrenos sobrantes de lo que era antigua zona marítimo-terrestre pasarán á ser propiedad del Estado, previo el oportuno deslinde por los Ministerios de Hacienda, Fomento y Marina, y el primero podrá enajenarlos cuando no se consideren necesarios para servicios marítimos ú otros de utilidad pública. Si se enajenasen con arreglo á las leyes, se concederá el derecho de tanteo á los dueños de los terrenos colindantes.

ORÍGENES

Art. 2.° Ley 7 Mayo 1880.

Artículo 546.—Son de propiedad del Estado las islas ya formadas ó que se formen en la zona marítimo-terrestre, y en las rías y desembocaduras de los ríos consideradas como puertos marítimos, segun la presente ley. Pero si estas islas procediesen de haber cortado un río terrenos de propiedad particular, continuarán éstas perteneciendo á los dueños de la finca ó fincas desmembradas, salvo el derecho que puedan tener los particulares.

ORÍGENES

Art. 3.° Ley 7 Mayo 1880.

Artículo 547.—Son de propiedad del Estado los fondeaderos, varaderos, astilleros, arsenales y otros establecimientos destinados exclusivamente por el mismo al servicio de la Marina de guerra. Son de dominio nacional y uso público los puertos de interes general de primero y segundo órden.

ORÍGENES

Art. 4.° Ley 7 Mayo 1880.

Artículo 548.—Pertenece al Estado todo lo que el mar arroje á la orilla y no tenga dueño conocido. La Hacienda pública se incautará de ello, previo inventario y justiprecio, quedando responsable á las reclamaciones de tercero y al pago de los derechos y recompensas de hallazgo y salvamento, con arreglo á lo prescrito en las leyes y reglamentos.

ORÍGENES

Art. 5.° Ley 7 Mayo 1880.

Artículo 549.—El Gobierno, sin perjuício de las obligaciones y derechos de los dueños ó consignatarios, proveerá al salvamento de los buques náufragos, sus cargamentos y efectos, así como su extraccion en caso de pérdida total, con arreglo á lo que determinen las ordenanzas y reglamentos de marina.

Los agentes consulares tendrán la intervencion que les corresponda segun los pactos internacionales respecto á las naciones que representen.

ORÍGENES

Art. 6.° Ley 7 Mayo 1880.

Artículo 550.—Los terrenos de propiedad particular colindantes con el mar ó enclavados en la zona marítimo-terrestre, están sometidos á las servidumbres de salvamento y de vigilancia litoral.

ORÍGENES

Art. 7.° Ley 7 Mayo 1880.

Artículo 551.—La servidumbre de salvamento tiene la misma extension en los terrenos de propiedad privada colindantes con el mar que la zona marítimo-terrestre, dentro de la cual están comprendidos, y veinte metros más contados hacia el interior de las tierras, y de ella se hará uso público en los casos de naufragio, para salvar y depositar los restos, efectos y cargamentos de los buques náufragos.

Tambien los barcos pescadores podrán varar en esta zona de servidumbre cuando á ello se vean obligados por el estado del mar, y podrán del mismo modo depositar sus efectos en tierra miéntras duren las circunstancias del temporal.

Esta zona de servidumbre avanzará ó se retirará conforme el mar avance ó se retire, segun queda establecido en general para la zona marítimo-terrestre.

Por los daños causados á las heredades en las ocasiones de salvamento habrá lugar á indemnizacion, pero solamente hasta donde alcance el valor de los objetos salvados, despues de satisfechos los gastos de auxilios prestados ó de recompensas de hallazgos, con arregló á las leyes.

ORÍGENES

Art. 8.° Ley 7 Mayo 1880.

Artículo 552.—La servidumbre de salvamento no es obstáculo para que los dueños de los terrenos contiguos al mar siembren,

planten y levanten dentro de la zona marítimo-terrestre, en terreno propio, edificios agrícolas y casas de recreo.

Para la edificacion en tales sitios se dará previo conocimiento al gobernador de la provincia, el cual, despues de oir al comandante de Marina y al ingeniero jefe de Obras públicas, podrá oponerse si resultase impedimento al ejercicio de la servidumbre de que habla el artículo anterior.

ORÍGENES

Art. 9.º Ley 7 Mayo 1880.

Artículo 553.—La servidumbre de vigilancia litoral consiste en la obligacion de dejar expedita una vía general de seis metros de anchura contigua á la línea de la mayor pleamar, ó á la que determinen las olas en los mayores temporales donde las mareas no sean sensibles, demarcada en los casos necesarios por el gobernador de la provincia despues de oir á la autoridad de Marina. En los parajes de tránsito difícil ó peligroso podrá internarse la vía más de seis metros, pero sin que exceda de lo estrictamente necesario, á juicio de la mencionada autoridad.

La servidumbre de vigilancia en casos extraordinarios y necesarios para el servicio del Estado se impone lo mismo en terrenos cercados que en los abiertos. Las propiedades que no hubieran estado sometidas á la servidumbre de vigilancia hasta la promulgacion de la ley de aguas de 3 de Agosto de 1866, y con posterioridad á ella se hubiese hecho efectiva por algun acto que haya perjudicado ostensible y materialmente á la propiedad, obtendrá la correspondiente indemnizacion por ese gravámen.

ORÍGENES

Art. 10 Ley 7 Mayo 1880.

§ II

Del uso y aprovechamiento del mar litoral y de sus playas.

Artículo 554.—El libre uso del mar litoral, ensenadas, radas, bahías y abras, se entiende para navegar, pescar, embarcar y desembarcar, fondear y otros actos semejantes, si bien dentro de las prescripciones legales y reglas de policía que lo regulen. En el mismo caso se encuentra el uso público de las playas, que autoriza á todos con iguales restricciones para transitar por ellas, bañarse, tender y enjugar ropas y redes, varar, carenar y construir embarcaciones, bañar ganados y recoger conchas, plantas y mariscos.

ORÍGENES

Art. 12 Ley 7 Mayo 1880.

COMENTARIO

Si lo referente á la propiedad de los bienes ha sido más ó ménos atendido en todas las legislaciones y en todos los Códigos, no ha sucedido lo mismo respecto á la propiedad de las aguas. Antes de 1866 no se había legislado sobre esta materia en Europa, á lo ménos de una manera general que pudiera servir de norma en toda clase de aprovechamientos á que fuera aplicable dicho elemento.

En nuestra patria no ha habido tampoco ley ni Código que regulase esos aprovechamientos hasta nuestros tiempos; disposiciones esparcidas por los Códigos, alguna que otra ley especial sobre determinados usos, diversidad de costumbres en las distintas localidades, y últimamente multitud de disposiciones emanadas de la Administracion, producían tal confusion y vaguedad, que hubo de reconocerse la necesidad é importancia de uniformar nuestro Derecho en este punto, haciendo desaparecer aquel estado de incertidumbre y á la vez aprovechar un elemento que su escasez, las necesidades del clima y la naturaleza de los terrenos, le convierten en la más codiciada riqueza como orígen de todas las demas.

Nombrada una comision, por Real Orden de 27 de Abril de 1859, para redactar y formar una ley general de Aguas que pusiera fin al mal estado de nuestra legislacion, llevó á cabo su cometido, reuniendo en una sola ley cuanto se refiere al dominio público y privado de las aguas y procurando á la vez no invadir el terreno del Derecho civil.

Esa ley fué la de 3 de Agosto de 1866, derogada por la de 7 de Mayo de 1880 hoy vigente.

Reconócese en una y otra como parte del territorio de la nacion la zona marítima contigua á sus playas, cualquiera que sea su extension, conforme al derecho internacional, y se considera de dominio público, así como los puertos, radas, bahías y obras construídas con fondos públicos, á diferencia de las que lo son para el servicio exclusivo del Estado, que pertenecen al dominio particular de éste. Serán, por consiguiente, de dominio público aquellas cosas que perteneciendo á la nacion, pueden ser usadas por todos, como sucede con las playas y muelles, cuyo principal carácter es ser inenajenables é imprescriptibles; y pertenecerá al Estado, conforme á la segunda clasificacion, todo lo que al mismo corresponda como si fuera un particular, de suerte que puede disponer aquél de ello como dispone éste de su patrimonio.

Una vez declarado esto, fíjase en la ley el límite de las playas, adecuado á las necesidades de la navegacion y pesca, cuyos intereses quedan á la vez atendidos con las servidumbres de salvamento y vigilancia establecidas, la primera para los casos de naufragio, y la segunda para ejercitarla en las costas en interes de la Hacienda pública.

Igualmente se consideran como de dominio público las islas formadas dentro de la zona marítimo-territorial, y en las rías y desembocaduras de los ríos en el mar; mas no las que procedieren por haber cortado las aguas de un río terrenos de propiedad particular.

Ya hemos tenido ocasion de examinar el principio que en materia de accesiones rige, principio por el cual los predios ribereños hacen suyo todo lo que se les une por la fuerza de las aguas, en compensacion del riesgo en que á la vez se hallan de verse cercenados por las mismas; pues bien, este mismo principio tuvo en cuenta la comision al formar la ley de 1866, adjudicando á los dueños de predios limítrofes al mar y sus playas la propiedad de los arrastres y aluviones, que de otro modo quizas fueran estériles; mas no prevaleció aquel dictámen, porque en la ley vigente han sido considerados como de dominio público los terrenos que por accesiones se uniesen á las playas, concediendo al Gobierno facultad de enajenarlos cuando no sean necesarios para servicios marítimos ú otros de utilidad pública, reconociéndose á favor de los dueños de terrenos colindantes el derecho de tanteo, si la enajenacion se hiciere con arreglo á las leyes.

Por último, la ley dicta algunas disposiciones relativas al uso del mar litoral y sus playas, de que no hacemos mérito porque salen fuera del límite marcado á nuestra obra (1).

---

(1) La ley de 7 de Mayo de 1880 contiene ademas las siguientes:

CAPÍTULO III

Clasificacion de los puertos.

Art. 13. Se consideran puertos para los efectos de esta ley los parajes de la costa más ó ménos abrigados, bien por la disposicion natural del terreno, ó bien por obras construídas al efecto, y en los cuales exista de una manera permanente y en debida forma tráfico marítimo.

Art. 14. Tienen asimismo el carácter de puertos las rías y desembocaduras de los ríos, hasta donde se hacen sensibles las mareas; y en donde no las hay, hasta donde llegan las aguas del mar en los temporales ordinarios, alterando su régimen. Aguas arriba de estos sitios, las riberas ú orillas de los ríos conservan su carácter especial de fluviales.

Art. 15. Los puertos se clasifican en puertos de interes general de primero y segundo órden, y puertos de interes local, ó sea provinciales y municipales.

Se consideran puertos de interes general los destinados especialmente á fondeaderos, depósitos mercantiles, carga y descarga de los buques que se emplean en la industria y comercio marítimo, cuando el que se verifique por estos puertos pueda interesar á varias provincias y se hallen en comunicacion directa con los principales centros de produccion de España. Son tambien de interes general los denominados de refugio por su situacion y condiciones especiales de capacidad, seguridad y abrigo en los temporales.

Son puertos de interes local, ó sean provinciales y municipales, los destinados principalmente al fondeadero, carga y descarga de los buques que se emplean en la industria y comercio locales, sin perjuicio de poder ser clasificados entre los de interes general cuando su comercio se extienda á otras localidades, territorios ó provincias.

No se podrá alterar esta clasificacion sinó en virtud de una ley.

Art. 16. Se declaran puertos de interes general de primer órden: Alicante, Barcelona, Bilbao, Cádiz, Cartagena, Ferrol, Málaga, Palma, Santander, Sevilla, Tarragona, Valencia y Vigo.

Se declaran puertos de interes general de segundo órden: Almería, Avilés, Ceuta, Coruña, Gijon,

Artículo 555.—En ningun punto de las costas, playas, puertos y desembocaduras de los ríos, ni en las islas formadas en la zona marítima, se podrán ejecutar obras nuevas de cualquier especie que fueren, ni construírse edificio alguno sin la competente autorizacion con arreglo á las leyes.

ORÍGENES

Art. 38 Ley 7 Mayo 1880.

COMENTARIO

La razon de este artículo pertenece por completo al Derecho administrativo. Intereses de órden público, de policía, de seguridad y hasta de higiene, motivan las limitaciones de que nos ocupamos. En el resto de la ley que va por nota pueden verse los trámites y requisitos que se exigen para la concesion ó autorizacion necesarias para practicar dichas obras.

Huelva, Pasajes, San Sebastian y Santa Cruz de Tenerife.

Se consideran como puertos de refugio, y por lo tanto de interes general: los Alfaques, Algeciras, Muros, Musel, Rozas y Santa Pola.

Art. 17. Se declaran puertos de interes local todos aquellos que no se hallen comprendidos en el artículo anterior, y en que se hagan operaciones comerciales.

CAPÍTULO IV

De la ejecucion y conservacion de las obras de los puertos, y del régimen y policía de los mismos.

Art. 18. Compete al Ministerio de Fomento ordenar los estudios y proyectos de toda clase de obras en los puertos de interes general, dictar su aprobacion y disponer su ejecucion, oyendo previamente al Ministerio de Marina; otorgar las concesiones, formar los reglamentos de servicio y designar el personal necesario, determinando las atribuciones de los funcionarios dependientes del Ministerio de Fomento que hayan de dirigir é intervenir las operaciones.

Art. 19. Competen á las Diputaciones provinciales en las obras de los puertos de carácter provincial las mismas atribuciones que el artículo anterior designa al Ministerio de Fomento, salvo si las obras afectaren á terrenos de dominio público, en cuyo caso habrán de atenerse á las prescripciones de la ley general de Obras públicas en su capítulo VIII. Iguales atribuciones corresponden á los Ayuntamientos respecto á los puertos municipales.

Tanto los proyectos de los puertos que correspondan á las Diputaciones provinciales como á los Municipios, serán sometidos, despues de haber oido á las respectivas autoridades de Marina, á la aprobacion del Ministerio de Fomento, á quien corresponderá tambien la direccion facultativa de las obras y el nombramiento del personal de ésta.

Art. 20. Corresponden al Ministerio de Marina idénticas atribuciones respecto á los estudios, proyectos y ejecucion de las obras de los puertos con arsenal militar, en la parte que á estos últimos se refiere.

Art. 21. El establecimiento, reparacion, conservacion y limpia de los puertos, su régimen, servicio y policía, en todo lo civil, corresponden: en los puertos de interes general, al Ministerio de Fomento, y en los de interes local á las Diputaciones y Ayuntamientos, segun sean de carácter provincial ó municipal.

Art. 22 El servicio de los puertos se divide en dos clases: una que se refiere al movimiento general de embarcaciones, entradas, salidas, fondeo, amarraje, atraque y desatraque en los muelles, remolque y auxilios marítimos, la cual compete á la autoridad de Marina: otra que comprende la ejecucion y conservacion de las obras y edificios, las operaciones de carga y descarga en los muelles, la circulacion sobre los mismos y en su zona de servicio, y todo lo que se refiere al uso de las diversas obras destinadas á las operaciones comerciales del puerto, que compete al Ministerio de Fomento.

Art. 23. El gobernador de cada provincia marítima, como jefe superior de todos los ramos de la Administracion civil y delegado del Ministerio de Fomento, lo es de todos los servicios que en los puertos corren á cargo de dicho Ministerio.

Art. 24. Con sujecion á los reglamentos generales de servicio, á las órdenes é instrucciones del Ministerio de Fomento, y bajo la autoridad del gobernador de la provincia, los ingenieros de Caminos, Canales y Puertos tendrán á su cargo el estudio y direccion de todas las obras, y la vigilancia de los servicios comprendidos en la segunda clase de los expresados en el art. 22, con excepcion de las obras y servicios correspondientes á los arsenales militares.

Art. 25. Los puertos de interes general serán costeados por el Estado, con arreglo á las cantidades que para este servicio se consignen en los presupuestos generales, y á las que incluyan en los suyos respectivos las Diputaciones y los Ayuntamientos cuando estas corporaciones quieran contribuir á las de dichos puertos. Las obras se ejecutarán por el sistema de administracion ó por el de contrata, segun se determine en cada caso.

Art. 26. El Gobierno podrá costear las obras de los puertos estableciendo impuestos especiales en la respectiva localidad, con exclusiva aplicacion á las propias obras é independientes del presupuesto general del Estado, y organizar juntas de obras de puertos encargadas de la administracion é inversion de los fondos y de la ejecucion de los trabajos bajo la inspeccion y vigilancia del Ministerio de Fomento.

Art. 27. El Ministerio de Fomento formará un reglamento general para la organizacion y régimen de las juntas existentes de obras de puertos, y de las que se creasen en lo sucesivo. El nombramiento y separacion del ingeniero director de estas obras será de la libre disposicion del Gobierno, el cual podrá tambien nombrar delegados especiales cerca de las mismas juntas cuando lo considere conveniente.

Art. 28. Las obras de los puertos de interes general, inclusas las que se hallen proyectadas ó comenzadas por cuenta del Estado, podrán realizarse tambien por medio de concesiones á empresas particulares, con arreglo á la ley general de Obras públicas.

Art. 29. Los puertos de interes local serán costeados con fondos de las Diputaciones ó de los Ayuntamientos, segun sea la obra provincial ó mu-

SECCION SEGUNDA

DEL DOMINIO DE LAS AGUAS TERRESTRES

§ I

Del dominio de las aguas pluviales.

Artículo 556.—Pertenecen al dueño de un predio las aguas pluviales que caen en el mismo, miéntras discurran por él. Podrá en consecuencia construir dentro de su propiedad estanques, pantanos, cisternas ó aljibes donde conservarlas al efecto, ó emplear cualquier otro medio adecuado, siempre que con ello no cause perjuício al público ni á tercero.

Se reputan aguas pluviales para los efectos de este capítulo las que proceden inmediatamente de las lluvias.

---

nicipal; á la ejecucion de los puertos correspondientes á las Diputaciones podrán contribuir el Estado y los Ayuntamientos, ya sea con auxilios de personal facultativo, ya sea con cantidades consignadas en los respectivos presupuestos. En la misma forma podrán contribuir el Estado y las Diputaciones provinciales á las obras de puertos que promuevan los Municipios.

Los estudios de los proyectos y su aprobacion, así como las concesiones de obras de puertos provinciales ó municipales, se harán segun lo prescrito en los artículos 40 y 49 de la ley general de Obras públicas.

Art. 30. En el reglamento para la ejecucion de esta ley se consignarán las disposiciones oportunas para la formacion y aprobacion de los proyectos de obras nuevas de puertos, expresando los trámites é informes que han de preceder á dicha aprobacion.

Art. 31. Habrá en los puertos una zona litoral de servicio, que se determinará por el Ministerio de Fomento en cada caso, para ejecutar las faenas de carga y descarga, depósito y trasporte de las mercancías y circulacion de las personas y vehículos. La aprobacion y proyecto de dicha zona y su distribucion para los diferentes servicios lleva consigo la declaracion de utilidad pública, y los terrenos ó edificios particulares que se hallaren comprendidos dentro de la misma quedan sujetos á la expropiacion forzosa.

Art. 32. El gobernador de la provincia, oyendo al capitan del puerto, al ingeniero jefe, director de Sanidad y administrador de Aduanas, distribuirá y designará las zonas del puerto para los diferentes servicios sobre los muelles, y resolverá los incidentes que se promuevan acerca de su uso y policía. Contra estas resoluciones podrá recurrirse en alzada al Ministerio de Fomento.

Art. 33. Cuando ocurriese el naufragio de un buque dentro de algun puerto, los dueños ó consignatarios, ó las compañías de seguros, procederán á su extraccion dentro del plazo que les señale el comandante de Marina de la provincia. Si no lo verificasen, se dispondrá por el Ministerio de Marina que se efectúe dicha operacion con cargo á los productos que se obtengan de la venta de los buques y de los efectos que contengan.

Art. 34. Cuando voluntariamente ó por descuido se originase con los buques ó sus amarras algun desperfecto en las obras de un puerto, ó se produjese el ensuciamiento del mismo, el capitan del puerto hará abonar á los causantes, ademas de las multas en papel que establezcan los reglamentos, la cantidad en que el ingeniero valúe el importe de la reparacion, debiendo entregarse este último en las arcas del Tesoro.

Art. 35. Sin perjuicio del reglamento general para la ejecucion de esta ley, se formará otro de servicio y policía especial para cada puerto, que contendrá todas las prescripciones relativas á su uso, y que habrá de ser aprobado por el Ministerio de Fomento.

CAPITULO V

Servicios anejos á los puertos.

Art. 36. El servicio de practicaje en los puertos de los dominios de España seguirá á cargo del Ministerio de Marina.

Art. 37. Continuarán á cargo del Ministerio de Fomento, como servicios anejos al de puertos, el alumbrado marítimo y valizamiento. Los vigías y semáforos marítimos y botes salvavidas correrán á cargo del Ministerio de Marina.

CAPITULO VI

De las obras construidas por particulares.

Art. 38. En ningun punto de las costas, playas, puertos y desembocaduras de los ríos, ni en las islas formadas en la zona marítima, se podrán ejecutar obras nuevas, de cualquier especie que fueren, ni construirse edificio alguno sin la competente autorizacion, con arreglo á lo establecido en esta ley.

ORÍGENES

Art. 1.º Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Sí bien las aguas de lluvia son comunes y su aprovechamiento del primero que las ocupa ó retiene en su predio, este derecho se puede renunciar, ceder ó ser trasferido á otro por un título especial que constituya obligacion (Sentencia 21 Febrero 1863).

El derecho de aprovechar las aguas pluviales que todo hombre puede usar, segun la ley 3.ª,

---

Art. 39. El permiso para levantar barracas ó construcciones estacionales con destino á baños, de carácter temporal, se concederá por los gobernadores en las capitales marítimas, y en los demas pueblos por los alcaldes, de acuerdo con la autoridad de Marina cuando dichas construcciones hayan de hacerse fuera del puerto, y de acuerdo con dicha autoridad de Marina y el ingeniero jefe cuando sea en el interior del puerto.

Art. 40. Los permisos para establecer otros servicios ó aprovechamientos de carácter temporal dentro de la zona marítimo-terrestre del dominio nacional y uso público, se concederán por los comandantes de Marina de las provincias, siempre que no perjudiquen al aprovechamiento comun á que esa zona está destinada, y de acuerdo con los gobernadores é ingenieros jefes de Obras públicas cuando estas concesiones puedan afectar á otros servicios dependientes de Fomento ú otros ramos de la Administracion.

Art. 41. Estos permisos cesarán siempre que lo exija la mejor vigilancia y servicios de las playas, la policía urbana ó rural, ó la concesion del terreno para otras empresas de mayor utilidad y cuantía, prévio expediente instruído con audiencia del interesado ante la autoridad que haya concedido el permiso. En tales casos, los dueños de las construcciones temporales sólo dispondrán libremente de los materiales empleados, sin derecho á indemnizacion.

Art. 42. Cuando las construcciones y aprovechamiento de que tratan los artículos anteriores sean de carácter permanente, se otorgará la aurorizacion por el Ministerio de Fomento oyendo al de Marina.

Art. 43. Las obras de defensa en las costas para proteger del embate de las olas las heredades ó edificios particulares, áun cuando sean permanentes, se autorizarán por el gobernador de la provincia, previos los dictámenes de la autoridad de Marina y del ingeniero jefe de Obras públicas.

Art. 44. Corresponde al Ministerio de Fomento otorgar la autorizacion, oyendo á las autoridades de Marina, para construir dentro de la mar ó en las playas y terrenos contiguos, y en los puertos y con destino al servicio particular ó público, muelles, embarcaderos, astilleros, diques flotantes, varaderos y demas obras análogas complementarias ó auxiliares de las que existan para el servicio de un puerto. Estas autorizaciones no constituirán monopolio, y podrán por lo tanto otorgarse varias para otras de la misma especie en un mismo puerto, playa ó trozos de costa, siempre que con ellas no sufra menoscabo el servicio público.

Art. 45. Corresponde igualmente al Ministerio de Fomento, oyendo tambien á las autoridades de Marina, otorgar la autorizacion para formar salinas, fábricas y otros establecimientos que en todo ó en parte ocupen terrenos de dominio público, ó con destino al servicio particular.

Art. 46. Corresponde al mismo Ministerio de Marina la concesion de toda clase de pesquerías, almadrabas, corrales, parques para la cría y propagacion de mariscos, con arreglo á sus ordenanzas y reglamentos vigentes ó que se dicten en lo sucesivo.

Art. 47. El Ministerio de Fomento podrá autorizar á los particulares ó compañías en los términos prescritos en la ley general de Obras públicas para construir puertos en parajes de las costas en donde no haya trabajos ni proyectos de otros que estén clasificados, ni existan derechos especiales para el uso y aprovechamiento de dichos parajes, oyendo al Ministerio de Marina.

Art. 48. Cuando las obras de un puerto cuya concesion se solicite, ya sea con arreglo á proyecto del peticionario, ó con sujecion al que tuviese estudiado y aprobado el Ministerio de Fomento, correspondan á uno, en el cual, áun cuando no haya trabajos realizados, exista comercio marítimo legalmente autorizado, y servicios practicados con más ó ménos perfeccion, se habrá de otorgar aquélla con las condiciones necesarias para dejar á salvo los derechos existentes de entrar en el puerto, fondear, embarcar y desembarcar á flote ó en la costa, y de modo que no resulte obligatorio para el público ningun servicio de los que libremente practique.

Art. 49. Podrá tambien otorgarse á una Empresa particular la autorizacion correspondiente para llevar á cabo las obras de un puerto que estén á cargo del Estado, ó para completar las que existan construídas ó paralizadas, ó bien ejecutar una parte del proyecto, á la vez que el Estado realiza otra, estableciendo en tal caso para compensacion de los gastos y beneficios de la empresa condiciones especiales de cesion de terrenos, de explotacion de las obras por tiempo limitado, ú otros derechos, segun la parte de obra utilizada, el coste de las que se construyan, y la clase é importancia de los servicios públicos que existan en el puerto, dejando siempre á salvo, como se expresa en el artículo precedente, los derechos anteriores, para el uso del puerto y de sus obras.

Art. 50. En el caso de que hubieran de ejecutarse en un puerto por el Estado, por las Diputaciones ó por los Ayuntamientos obras declaradas de utilidad pública, y para realizarlas fuera preciso utilizar ó destruir las construidas por particulares, en virtud de concesiones que les hubieran sido otorgadas, sólo tendrían derecho los concesionarios á ser indemnizados del valor material de dichas obras, previa tasacion pericial ejecutada conforme á las prescripciones del reglamento general para la ejecucion de esta ley.

Art. 51. El Ministerio de Fomento concederá las autorizaciones para que sean desecadas, cultivadas ó aprovechadas de otra manera las marismas del Estado ó del dominio público y las que no pertenezcan á los Propios de los pueblos ni á los bienes de aprovechamiento comun.

Para solicitar del Ministerio de Hacienda la declaracion de los terrenos pertenecientes á los Propios de los pueblos ó de aprovechamiento comun, se concede el plazo de un año, á contar desde la publicacion de la presente ley. Si los pueblos no alcanzaren resolucion favorable, ó hubiese trascurrido el

tít. XXVIII, Partida 3.ª, se entiende subordinado á reglas que determinan la preferencia de alguno en su ejercicio, cuando concurren ó pretenden usarlo dos ó más; y estas reglas, admitidas por la jurisprudencia, dan siempre aquélla al dueño ó propietario de los terrenos superiores sobre el de los inferiores, si éste no tiene algun título especial que constituya obligacion del primero ó su renuncia al aprovechamiento de las referidas aguas (Sents. 12 Octubre 1860 y 28 Febrero 1865).

El derecho de preferencia en el aprovecha-

---

plazo sin haber solicitado la excepcion, serán las marismas consideradas como terrenos baldíos, no siendo obstáculo en ningun caso los disfrutes públicos libres y gratuitos de sus productos naturales.

Las marismas de propiedad particular podrán ser desecadas por sus dueños, prévia licencia del Gobernador, quien la expedirá despues de oídos la autoridad de Marina y el ingeniero jefe de la provincia, si no se irroga perjuicio á la navegacion y á la pesca.

Para la desecacion ó saneamiento de los terrenos de marismas que fueron declarados insalubres, se seguirán las prescripciones contenidas en la ley de Aguas respecto á los terrenos pantanosos.

Art. 52. Las concesiones á que se refieren los artículos anteriores se someterán á los trámites que señale el reglamento general para el cumplimiento de esta ley.

Art. 53. Las autorizaciones para hacer los estudios de las obras comprendidas en los artículos 43 y 45, y las á que se refieren los artículos 47 al 51, se concederán por el gobernador, previo el informe del ingeniero jefe de la respectiva provincia.

Las comprendidas en el artículo 46 se otorgarán por el comandante de Marina de la provincia marítima á que correspondan.

Art. 54. Las concesiones de obras y terrenos de dominio público de que tratan los artículos 44, 47 y 48, se harán por el Ministerio de Fomento sin pública licitacion ni plazo limitado, quedando sujetas á lo prescrito en el artículo 50. Si hubiese más de una peticion para una misma ó análoga obra, ó fuesen incompatibles los proyectos presentados por ocupar una parte comun de dominio público en las playas, costas ó puertos donde se establezcan, serán preferidos los proyectos que mayores ventajas ofrezcan, y en igualdad de circunstancias el que tuviere prioridad.

Art. 55. Las concesiones de marismas se otorgarán sin pública licitacion y á perpetuidad, salvo el caso en que algun particular ó empresa solicitare la adjudicacion por subasta, presentando al efecto una proposicion en que se señale y ofrezca un tipo de tasacion y se garantice con un depósito provisional, igual á aquel tipo, que servirá de base para la subasta. Si el rematante no fuese el autor del proyecto aprobado para las obras de saneamiento, habrá de abonar á éste el importe de dicho proyecto, tasado conforme á las disposiciones que rigen para casos análogos en las subastas de obras públicas, ó en la forma que determine el reglamento.

Art. 56. Las concesiones de obras, en el caso á que se refiere el art. 53, se otorgarán en pública licitacion, y serán por tiempo ilimitado. Servirá para la subasta una de estas tres bases: ó la valoracion de las obras existentes y de las construcciones y terrenos que se utilicen, ó la rebaja en las tarifas que por uso de las obras ha de percibir, ó el tiempo de la explotacion de la obra por la empresa. El Ministerio de Fomento fijará la base, el tipo y condiciones para el remate, teniendo en cuenta los proyectos y proposiciones que se hubieren presentado pidiendo la concesion.

Art. 57. En las concesiones de obras en los puertos con las cuales se ganen terrenos al mar, se exceptuará siempre de los que se reconozcan de propiedad del concesionario la parte necesaria para la zona de servicio á que se refiere el art. 31, la cual quedará de propiedad del Estado.

Art. 58. En toda concesion de obras públicas ó de carácter particular habrá de fijarse:

1.° El plazo por el que se otorga la concesion.

2.° Los plazos en que hayan de principiarse y terminarse las obras concedidas.

3.° La parte proporcional del presupuesto que habrá de invertirse en cada uno de los períodos que se considere conveniente, á fin de que la concesion se lleve á cabo en el plazo total que se concede para la terminacion de las obras.

4.° Las condiciones para el establecimiento y uso de la obra en lo que fuere preciso para dejar á salvo los derechos adquiridos y los intereses generales.

5.° La fianza que deba prestar el concesionario, cuando se trate de una obra pública, para responder de la ejecucion.

Y 6.° Los casos en que procederá declarar la caducidad de la concesion, así como las consecuencias de la misma.

Art. 59. Cuando para alguna obra soliciten los particulares la declaracion de utilidad pública, se seguirán los trámites prescritos en la ley general de Obras públicas para la referida declaracion.

Art. 60. El que durante veinte años hubiese disfrutado de un aprovechamiento del dominio público para industria marítima sin oposicion de la autoridad ni de tercero, continuará disfrutándolo, áun cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorizacion; entendiéndose este derecho miéntras la clase de industria ó aplicacion del espacio ocupado no hayan sufrido variaciones ni alteraciones en los veinte años referidos, y habiendo de caducar en caso contrario, á ménos que no se obtenga autorizacion como para una obra nueva en la forma prescrita en esta ley.

Art. 61. Quedan derogadas todas las leyes, Reales decretos, reglamentos, Reales órdenes y demas disposiciones que se opongan á lo dispuesto en la presente ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Hasta la publicacion de los reglamentos cuya formacion se prescribe en esta ley, los diversos servicios de los puertos continuarán rigiéndose por los actuales en todo lo que no se oponga á la misma.

Segunda. Todos los puertos que en virtud de lo dispuesto en esta ley no estén clasificados entre los de interes general de primero y segundo órden, y pasen á ser de carácter provincial ó municipal, en los cuales haya obras en curso de ejecucion en virtud de contratas especiales, continuarán á cargo del Estado y del presupuesto del Ministerio de Fomento hasta la terminacion de las respectivas contratas, ya sea que éstas se concluyan ó que se rescindan.

Por tanto: Mandamos, etc.—7 de Mayo de 1880.

miento de aguas pluviales no puede fundarse en la posesion, porque las aguas de lluvia miéntras no sean recogidas, por su naturaleza no son susceptibles de ella ni ménos de retenerla ó ser continuada (Sent. id. id. id.).

La significacion del verbo *adaquare*, usado en los Fueros y Observancias de Aragon, bien sea la de regar ó abrevar, ó bien la más genérica de hacer cualquier uso de las aguas para adquirir por una posesion más ó ménos dilatada el derecho á su aprovechamiento, no es referente á las aguas pluviales, en las que no cabe posesion (Sent. 28 Febrero 1865).

Artículo 557.—Son de dominio público las aguas pluviales que discurran por barrancos ó ramblas, cuyos cauces sean del mismo dominio público.

ORÍGENES

Art. 2.° Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

No hay doctrina sancionada por el Tribunal Supremo que declare imprescriptibles las aguas pluviales constitutivas de manantiales, fuentes, barrancos y corrientes (Sent. 12 Mayo 1876).

Artículo 558.—Los Ayuntamientos, dando cuenta al gobernador de la provincia, podrán conceder autorizacion al que lo solicite para construir en terrenos públicos de su término y jurisdiccion cisternas ó aljibes donde se recojan las aguas pluviales.

Cuando la resolucion del Ayuntamiento sea negativa, se podrá recurrir en alzada al gobernador de la provincia, quien resolverá definitivamente.

ORÍGENES

Art. 3.° Ley 13 Junio 1879.

§ II

Del dominio de las aguas vivas, manantiales y corrientes.

Artículo 559.—Son públicas ó del dominio público:

Primero. Las aguas que nacen continua ó discontinuamente en terrenos del mismo dominio.

Segundo. Las continuas ó discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales.

Tercero. Los ríos.

ORÍGENES

Art. 4.° Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Declara una sentencia que las aguas cuyo aprovechamiento se pretende corren por cauce artificial y privado, no pueden infringir la ley de 3 de Agosto de 1866, en sus arts. 33, 118, 123, 139, 207 y 281, que no tienen aplicacion á los derechos privados (Sent. 19 Diciembre 1877).

Artículo 560.—Tanto en los predios de los particulares como en los de propiedad del Estado, de las provincias ó de los pueblos, las aguas que en ellos nacen continua ó discontinuamente pertenecen al dueño respectivo para su uso ó aprovechamiento, miéntras discurren por los mismos predios.

En cuanto las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron, ya son públicas para los efectos del presente capítulo. Mas si despues de haber salido del predio donde nacen entran naturalmente á discurrir por otro de propiedad privada, bien sea ántes de llegar á los cauces públicos ó bien despues de haber corrido por ellos, el dueño de dicho predio puede aprovecharlas eventualmente y luégo el inmediatamente inferior si lo hubiere, y así sucesivamente con sujecion á lo que prescribe el párrafo segundo del artículo 565 (10 de la ley).

ORÍGENES

Art. 5.° Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

En materia de uso y aprovechamiento de

aguas es doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que debe respetarse el estado posesorio (Sents. 1.° Marzo 1872, y 30 Junio 1860).

El dueño de un predio lo es tambien de la fuente que en él nace, y puede disponer de sus aguas segun mejor le convenga, salvo el derecho que otro haya adquirido por título ó por prescripcion, conforme á las leyes 1.ª, título XXVIII, y 14 y 15, tít. XXXI, Partida 3.ª (Sentencia 3 Abril 1868).

Derivando el derecho á unas aguas de la posesion inmemorial y de un prorateo ejecutado con anterioridad á la mencionada ley, es evidente que no puede tener aplicacion al pleito el expresado art. 34 (Sent. 20 Mayo 1871).

No se contraría la doctrina de que el que no es dueño de una cosa no puede ser condenado á cumplir personalmente lo que afecte á la propiedad de la misma, si los demandados lo fueron como regantes que habían distraído las aguas sin derecho (Sent. id. id. id.).

La ley de 3 de Agosto de 1866 en su art. 37, párr. 2.°, previene que, «si en el curso de un arroyo, y ántes de su incorporacion á un río, existiere algun predio atravesado por la corriente, tendrá preferencia sobre los colindantes el cauce en toda su longitud»; declarándose en el párr. 3.° del mismo artículo, de acuerdo con la legislacion anterior y con la constante jurisprudencia de los tribunales, protectora siempre del estado posesorio, sobre todo cuando descansa en la posesion inmemorial, «que ningun aprovechamiento eventual podrá interrumpir ni atacar derechos anteriormente adquiridos sobre las mismas aguas en region inferior» (Sentencia 4 Junio 1872).

No correspondiendo al recurrente el dominio de las aguas litigiosas, tampoco se contraría por la sentencia que se lo niega la doctrina del Tribunal Supremo sobre que el dueño de un predio lo es tambien de la fuente que nace en él; mucho ménos si la misma sentencia deja á salvo el derecho que otro tenga adquirido (Sent. 14 Noviembre 1874).

Si bien el dueño de un predio dispone de las aguas nacidas en el mismo, se exceptúan los casos en que los propietarios de fincas inferiores hayan adquirido el derecho de aprovecharlas (Sent. 12 Mayo 1876).

El art. 36 de la ley de 3 de Agosto de 1866, que da reglas para el aprovechamiento de aguas que, despues de haber recorrido cauce público, vienen á atravesar un predio de propiedad privada, no tiene influencia en el caso en que uno y otro litigante cuestionen derechos anteriores independientes de él (Sent. 10 Diciembre 1877).

Artículo 561. — Todo aprovechamiento eventual de las aguas de manantiales y arroyos en cauces naturales, pueden libremente ponerlo por obra los dueños de los predios inferiormente situados, siempre que no empleen otro atajadizo más que de tierra y piedra suelta, y que la cantidad de agua por cada uno de ellos consumida no exceda de diez litros por segundo de tiempo.

ORÍGENES

Art. 6.° Ley 13 Junio 1879.

Artículo 562.—El órden de preferencia para el aprovechamiento eventual será el siguiente:

Primero. Los predios por donde discurran las aguas ántes de su incorporacion con el río, guardando el órden de su proximidad al nacimiento de las corrientes, y respetando su derecho al aprovechamiento eventual en toda la longitud de cada predio.

Segundo. Los predios fronteros ó colindantes al cauce por el órden de proximidad al mismo y prefiriendo siempre los superiores.

Pero se entiende que en estos predios inferiores y laterales, el que se hubiere anticipado por un año y un día en el aprovechamiento no puede ser privado de él por otro, aunque éste se halle situado más arriba en el discurso del agua, y que ningun aprovechamiento eventual podrá interrumpir ni atacar derechos anteriormente adquiridos sobre las mismas aguas en region inferior.

ORÍGENES

Art. 7.° Ley 13 Junio 1879.

Artículo 563.—El derecho á aprovechar indefinidamente las aguas de manantiales y arroyos, se adquiere por los dueños de terrenos inferiores, y en su caso de los colindantes, cuando los hubieren utilizado sin interrupcion por tiempo de veinte años.

ORÍGENES

Art. 8.° Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Sent. 4 Junio 1872.

No se infringe el art. 39 de la ley de 3 de Agosto de 1866, que fija el término de veinte años para adquirir los dueños de terrenos inferiores el derecho de aprovechar las aguas de manantiales y arroyos, si la Sala sentenciadora hace esta declaracion apreciando las pruebas que demuestran el derecho en la propiedad de época más remota en el aprovechamiento que los veinte años que exige el artículo referido (Sent. 14 Noviembre 1874).

El art. 39 de la ley de 3 de Agosto de 1866 se refiere á las aguas públicas de los manantiales y arroyos; la ley 13, tít. XXXII de la Partida 3.ª, al agua de las lluvias; la 18 del mismo título á las aguas corrientes que pertenecen al Rey ó al comun; y ninguna de estas disposiciones puede tener aplicacion á una presa, cauce y aguas de propiedad porticular (Sent. 31 Marzo 1876).

Si léjos de hacerse en una sentencia caso omiso del uso inmemorial de unas aguas, se declara probado, por el contrario, que ese uso no le ha tenido la finca del recurrente sinó la del recurrido, y se consigna ademas que los dueños de terrenos inferiores no adquieren derecho á las aguas con perjuício de los superiores, aunque los propietarios de éstas dejen de aprovecharlas por más ó ménos tiempo, no concurriendo tampoco las condiciones inequívocas que, segun la ley 15, tít. XXXI, Partida 3.ª, revelan haberse constituído una verdadera servidumbre sobre cosa ajena; al declarar el derecho del recurrido no se infringe dicha ley de Partida, ni los arts. 34 y 39 de la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866 (Sent. 5 Abril 1877).

Aun cuando el dueño de la finca superior no la hubiera regado en quince ó diez y seis años, no por eso resulta á favor de la inferior un estado posesorio legítimo que haya de respetarse segun la jurisprudencia admitida por los tribunales (Sent. id. id. id.).

Artículo 564.—Las aguas no aprovechadas por el dueño del predio donde nacen, así como las que sobraren de sus aprovechamtentos, saldrán del predio por el mismo punto de su cauce natural y acostùmbrado, sin que puedan ser en manera alguna desviadas del curso por donde primitivamente se alejaban. Lo mismo se entiende con el predio inmediatamente inferior respecto del siguiente, observándose siempre este órden.

ORÍGENES

Art. 9.° Ley 13 Junio 1879.

Artículo 565.—Si el dueño de un predio donde brotó un manantial natural no aprovechase más que la mitad, la tercera parte ú otra cantidad fraccionaria de sus aguas, el remanente ó sobrante entra en las condiciones del art. 560 (5.° de la ley), respecto de aprovechamientos inferiores.

Cuando el dueño de un predio donde brote un manantial natural no aprovecha más que una perte fraccionaria y determinada de sus aguas, continuará, en épocas de disminucion ó empobrecimiento del manantial, usando y disfrutando la misma cantidad de agua absoluta, y la merma será en desventaja y perjuício de los regantes ó usuarios inferiores, cualesquiera que fueren sus títulos al disfrute.

Por consecuencia de lo aquí dispuesto, los predios inferiormente situados y los lateralmente en su caso, adquieren, por el órden de su colocacion, la opcion á aprovechar aquellas aguas y consolidar por el uso no interrumpido de su derecho.

Pero se entiende que en estos predios inferiores ó laterales, el que se anticipase ó hubiese anticipado por un año y un día, no puede ya ser privado de él por otro, áun cuando éste estuviese situado más arriba en el discurso del agua.

ORÍGENES

Art. 10 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 566.—Si trascurridos veinte años, á contar desde el día de la promulgacion de la ley de 3 de Agosto de 1866, el dueño del predio donde naturalmente nacen unas aguas no las hubiese aprovechado, consumiéndolas total ó parcialmente de cualquier modo, perderá todo derecho á interrumpir los usos y aprovechamientos inferiores de las mismas aguas que por espacio de un año y un día se hubiesen ejercitado.

ORÍGENES

Art. 11 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 567.—Pertenecen al Estado las aguas halladas en la zona de los trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario, á no haberse estipulado otra cosa en las condiciones de la concesion. Disfrutarán, no obstante, el aprovechamiento gratuito de estas aguas, tanto para el servicio de la construccion como para el de la explotacion de las mismas obras.

ORÍGENES

Art. 12 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 568.—Pertenecen á los pueblos las aguas sobrantes de sus fuentes, cloacas y establecimientos públicos. Pero si hubiesen sido aprovechadas por los dueños de los terrenos inferiores durante el tiempo de veinte años, ya en virtud de concesiones de los Ayuntamientos, ó ya por su consentimiento tácito, no se podrá alterar el curso de aquellas aguas, ni impedir la continuacion del aprovechamiento sinó por causa de utilidad pública debidamente justificada, y previa indemnizacion de daños y perjuícios.

Cuando temporalmente deje de haber sobrantes por causa de mayor consumo, sequías ú obras, no tendrán derecho á ser indemnizados los usuarios, áun cuando lo fueren en virtud de concesion, sin que por esto pierdan su derecho á los sobrantes cuando cesen aquellas causas.

ORÍGENES

Art. 13 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 569.—Tanto en el caso del artículo 565 como en el del 560 (5.° y 10 de la ley), siempre que trascurridos veinte años desde la publicacion de la ley de 1866 el dueño del predio del nacimiento de unas aguas, despues de haber empezado á usarlas en todo ó en parte, interrumpiese su aprovechamiento por espacio de un año y un día consecutivos, perderá el dominio del todo ó de la parte de las aguas no aprovechadas, adquiriendo el derecho quien ó quienes por igual espacio de un año y un día las hubiesen aprovechado segun los artículos 565 y 573 (5.° y 13 de la ley).

Sin embargo, el dueño del predio donde nacieron conservará siempre el derecho á emplear las aguas, dentro del mismo predio, como fuerza motriz ó en otros usos que no produzcan merma apreciable en su caudal ó alteracion en la calidad de las aguas, perjudicial á los usos inferiormente establecidos.

ORÍGENES

Art. 14 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Los arts. 41 y 42 de la ley de 3 de Agosto de 1866 se refieren al caso en que, trascurridos veinte años desde la publicacion de la misma, el dueño del predio del nacimiento de unas aguas pierda en beneficio de los predios inferiores el dominio de todo ó de parte de las mismas, ya por no haberlas aprovechado durante el mismo período, ya por haber interrumpido su aprovechamiento por espacio de un año y un día consecutivos (Sent. 4 Junio 1872).

Artículo 570.—El dominio de las aguas minerales que corren por cauces públicos pertenece, como el de las aguas comunes, á los dueños de los terrenos en que nacen, y son de aprovechamiento eventual y definitivo de los dueños de predios inferiores y fronteros al cauce, con arreglo á lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo.

Para los efectos de este capítulo, se entienden por aguas minerales las que contienen en disolucion sustancias útiles para la industria en general, cualquiera que sea su naturaleza.

ORÍGENES

Art. 15 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 571.—El dominio de las aguas minero-medicinales se adquiere por los mismos medios que el de las aguas superficiales y subterráneas, siendo del dueño del pre-

dio en que nacen si las utiliza, ó del descubridor si las diese aplicacion, con sujecion á los reglamentos sanitarios.

Las distancias para el alumbramiento de estas aguas especiales por medio de pozos ordinarios, socavones y galerías, y de pozos artesianos para las ascendentes, serán las mismas que se establecen para las aguas comunes.

Por causa de salud pública, el Gobierno, oyendo á la junta provincial, Consejo de Sanidad y al Consejo de Estado, podrá declarar la expropiacion forzosa de las aguas minero-medicinales no aplicadas á la curacion, y de los terrenos adyacentes que se necesitaren para formar establecimientos balnearios, aunque concediéndose dos años de preferencia á los dueños para verificarlo por sí.

ORÍGENES

Art. 16 Ley 13 Junio 1879.

§ III

Del dominio de las aguas muertas ó estancandas.

Artículo 572.—Son del dominio público los lagos y lagunas formados por la Naturaleza, que ocupen terrenos públicos.

Son de propiedad de los particulares, de los municipios, de las provincias y del Esdo, los lagos, lagunas y charcos formados en terrenos de su respectivo dominio. Los situados en terreno de aprovechamiento comunal pertenecen á los pueblos respectivos.

ORÍGENES

Art. 17 Ley 13 Junio 1879.

§ IV

Del dominio de las aguas subterráneas.

Artículo 573.—Pertenecen al dueño de un predio en plena propiedad las aguas subterráneas que en él hubiere obtenido por medio de pozos ordinarios.

ORÍGENES

Art. 18 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 574.—Todo propietario puede abrir libremente pozos ordinarios para elevar aguas dentro de sus fincas, aunque con ellos resultasen amenguadas las aguas de sus vecinos. Deberá, sin embargo, guardarse la distancia de dos metros entre pozo y pozo dentro de las poblaciones, y de 15 metros en el campo entre la nueva excavacion y los pozos, estanques, fuentes y acequias permanentes de los vecinos.

ORÍGENES

Art. 19 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Los arts. 45 y 46 de la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866, modifican la ley 19, tít. XXXII, Partida 3.ª, en cuanto á la limitacion que ésta contenía en beneficio del propietario (Sent. 29 Enero 1870).

Denegada por la Administracion activa, en uso de las atribuciones que por la ley de Aguas le competen, la peticion de suspension de las obras que practicaba un particular en terrenos de su propiedad en busca de aguas, declarando el gobernador que podía continuar las obras con

completa libertad, resolucion que causó estado por no haberse alzado de ella los reclamantes en la vía gubernativa ni en la contenciosa, sólo pueden éstos despues usar de sus derechos ante la jurisdiccion ordinaria, ya sobre la propiedad ó posesion plenaria de las aguas, ó ya sobre la indemnizacion de daños que pudieren haberles causado las nuevas obras; pero nunca intentar un interdicto de recobrar la posesion interina suponiéndose despojados, porque este remedio se dirige evidentemente á dejar sin efecto la resolucion ya consentida y firme del gobernador, lo cual es directamente contrario á lo prevenido en la R. O. de 8 de Mayo de 1839 (Sentencia 23 Mayo 1872).

Al denegar legalmente la Audiencia, como ya lo había hecho el juez de primera instancia, la continuacion del interdicto, no prejuzga cuestion alguna, ni en este concepto puede fundarse un recurso de casacion en forma (Sent. 23 Mayo 1872).

Artículo 575.—Para los efectos de esta ley, se entiende que son pozos ordinarios aquellos que se abren con el exclusivo objeto de atender al uso doméstico ó necesidades ordinarias de la vida, y en los que no se emplea en los aparatos para la extraccion del agua otro motor que el hombre.

ORÍGENES

Art. 20 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 576.—La autorizacion para abrir pozos ordinarios ó norias en terrenos públicos, se concederá por la autoridad administrativa á cuyo cargo se halle el régimen y policía del terreno.

El que la obtenga adquirirá plena propiedad de las aguas que hallare.

Contra la resolucion que recaiga podrá recurrir en alzada ante la autoridad superior jerárquica.

ORÍGENES

Art. 21 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 577.—Cuando se buscare el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones ó por galerías, el que las hallare é hiciese surgir á la superficie del terreno será dueño de ellas á perpetuidad, sin perder su derecho aunque salgan de la finca donde vieron la luz, cualquiera que sea la direccion que el alumbrador quiera darles miéntras conserve su dominio.

Si el dueño de las aguas alumbradas no construyese acueducto para conducirlas por los predios inferiores que atraviesen, y las dejasen abandonadas á su curso natural, entónces entrarán los dueños de estos predios á disfrutar del derecho eventual que les confieren los arts. 560 y 565 (5.° y 10 de la ley) respecto de los manantiales naturales superiores, y el definitivo que establece el art. 565, con las limitaciones fijadas en los arts. 562 y 569 (7.° y 14 de la ley).

ORÍGENES

Art. 22 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 578.—El dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente, por medio de pozos artesianos y por socavones ó galerías, las aguas que existan debajo de la superficie de su finca, con tal que no distraiga ó aparte aguas públicas ó privadas de su corriente natural.

Cuando amenazare peligro de que por consecuencia de las labores del pozo artesiano, socavon ó galería se distraigan ó mermen las aguas públicas ó privadas destinadas á un servicio público ó á un aprovechamiento privado preexistente, con derechos legítimamente adquiridos, el alcalde, de oficio, á excitacion del Ayuntamiento en el primer caso, ó mediante denuncia de los interesados en el segundo, podrá suspender las obras.

La providencia del alcalde causará estado si de ella no se reclama dentro del término legal ante el gobernador de la provincia, quien dictará la resolucion que proceda, previa audiencia de los interesados y reconocimiento y dictámen pericial.

ORÍGENES

Art. 23 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

A la Sala sentenciadora toca decidir, como

cuestion de puro hecho, apreciando el resultado de las pruebas suministradas, si al buscar uno aguas en heredad suya ha hecho obras por las que prive de ellas á un colindante; á cuya apreciacion hay que atenerse interin no se alegue contra ella que al hacerla se ha cometido alguna infraccion de la ley ó doctrina legal (Sent. 24 Setiembre 1866).

Los arts. 49 y 50 de la ley de 3 de Agosto de 1866 se refieren, no á pozos ordinarios, sinó á pozos artesianos, socavones y galerías (Sent. 29 Enero 1870).

Artículo 579.—Las labores de que habla el artículo anterior para alumbramientos no podrán ejecutarse á menor distancia de 40 metros de edificios ajenos, de un ferrocarril ó carretera, ni á ménos de 100 de otro alumbramiento ó fuente, río, canal, acequia ó abrevadero público, sin la licencia correspondiente de los dueños, ó en su caso del Ayuntamiento, previa formacion de expediente; ni dentro de la zona de los puntos fortificados sin permiso de la autoridad militar.

Tampoco podrán ejecutarse estas labores dentro de una pertenencia minera, sin previa estipulacion de resarcimiento de perjuicios. En el caso de que no hubiera avenencia, la autoridad administrativa fijará las condiciones de la indemnizacion, previo informe de peritos nombrados al efecto.

ORÍGENES

Art. 24 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 580.—Las concesiones de terrenos de dominio público para alumbrar aguas subterráneas por medio de galerías, socavones ó pozos artesianos se otorgarán por la Administracion, quedando siempre todo lo relativo al dominio, limitaciones de la propiedad y aprovechamiento de las aguas alumbradas sujeto á lo que respecto de estos particulares prescribe el presente capítulo.

Sólo podrán concederse para estos alumbramientos subterráneos, terrenos de dominio público cuya superficie ó suelo no haya sido concedido para objeto diferente, á no ser que ambos sean compatibles.

En el reglamento para la ejecucion de esta ley se establecerán las reglas que deberán seguirse en los expedientes de esta clase de concesiones para dejar á salvo los aprovechamientos preexistentes, bien sean de público interes, bien privados con derechos legítimamente adquiridos.

ORÍGENES

Art. 25 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 581.—Los concesionarios de pertenencias mineras, socavones y galerías generales de desagüe de minas, tienen la propiedad de las aguas halladas en sus labores miéntras conserven las de sus minas respectivas, con las limitaciones de que trata el párrafo segundo del artículo 471 (16 de la ley).

ORÍGENES

Art. 26 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 582.—En la prolongacion y conservacion de minados antiguos en busca de aguas, continuarán guardándose las distancias que rijan para su construccion y explotacion en cada localidad, respetándose siempre los derechos adquiridos.

ORÍGENES

Art. 27 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

En cuanto á la materia comprendida en esta seccion no podemos citar como vigente la ley de 1866, porque ha sido modificada por la de 13 de Junio de 1879, última reforma en materia de aguas hoy vigente.

Empieza ésta en su primer título ó seccion tratando del dominio de las aguas terrestres, y distingue el que se refiere á las aguas pluviales, el de las aguas vivas, manantiales y corrientes, el de las muertas ó estancadas y el de las subterráneas, que en rigor podemos clasificarlas en dos grandes grupos: aguas que se hallan en la superficie, y aguas subterráneas.

No pasó desapercibida para la Comision encargada de redactar la ley de 1866 la cuestion tan debatida entre los autores, sobre la posibilidad de ser el agua corriente susceptible de dominio privado, y adoptó, con fundamento en nuestro sentir, la opinion de los que acepta-

ban aquella posibilidad. El agua en los diversos usos á que puede aplicarse, es objeto de consumo, y por consiguiente, de apropiacion; es verdad que su cualidad de corriente parece oponerse á su apropiacion indefinida y continua; pero nada tiene que ver dicha cualidad, para que el dueño del agua pueda utilizar la que tenga por conveniente, ni se opone tampoco á la existencia del dominio que únicamente podría suponerse, cuando más, modificado ó limitado si su consumo no podía ser absoluto y total.

Esto no impide el que, ademas del carácter privado que puedan tener el dominio de las aguas, pueda ser á la vez objeto de dominio público, porque la conveniencia y el interes social, á la vez que los distintos modos como aquellas pueden utilizarse, hacen necesario limitar el uso privado de ellas en beneficio de la sociedad; pero no ha sido ciertamente lo más fácil el trazar esos límites, y prueba de ello nos ofrece la confusion que sobre este punto reina en las legislaciones y entre los comentaristas.

Distinguíanse en Roma los ríos públicos y privados, pero ni sus leyes ni sus jurisconsultos hallaron la regla ó fórmula que debía servir para diferenciarlos; no es de extrañar que tampoco la hallaran sus comentadores.

¿Pudo tener esto lugar en la época del feudalismo? Ciertamente que no, porque confundiendo el señor feudal el poder público y de señorío ó dominio territorial, se consideraba dueño absoluto de todo, concediendo á sus vasallos los aprovechamientos de aguas que no quería reservarse, y todavía esto se ha dejado sentir en las naciones y legislaciones donde el régimen feudal ha tenido alguna influencia.

No era fácil, pues, hallar en épocas de fraccionamiento de los Estados y de variedad en sus legislaciones, principios fijos acerca del dominio de las aguas.

Dejando á un lado las legislaciones que luégo sucedieron en los diversos Estados europeos, cada una de las cuales siguió distinto camino al clasificar los ríos, nos circunscribiremos á nuestra patria y hallaremos en la antigua legislacion de Castilla, tanto en los Fueros como en las Partidas, la oscuridad propia de una época en que el riego era desconocido, y únicamente se consideraban los ríos como vías de comunicacion. Las Partidas (1) declaran comun el uso de los ríos, prohiben toda clase de construcciones que embaracen la navegacion y nada disponen respecto al dominio de los no navegables; únicamente los jurisconsultos de la época distinguieron los ríos públicos de los privados, dando aquel carácter á los que corren en invierno y en verano, y considerando como de dominio privado los que sólo corren en invierno.

En Cataluña y Valencia fué un poco más clara la legislacion, porque los reyes hacían concesiones de aprovechamientos de aguas á los señores, prelados y ricos hombres, los cuales á su vez repartían tierras de las abandonadas por los moriscos á nuevos pobladores que, mediante el pago de un cánon, las cultivaban, comprometiéndose algunos á conservar á su costa las presas, azudes y demas obras necesarias para el riego; de suerte que las aguas concedidas á los términos de señorío, se consideraban como de dominio privado de esos términos, en los cuales se utilizaban de la manera dicha en beneficio de la agricultura.

La intervencion del poder público en el disfrute y aprovechamiento de las aguas, necesaria para el fomento de la riqueza, mediante la acertada distribucion de ellas para conciliar las necesidades de la navegacion, de la agricultura y de la industria, fué una de las cosas que se tuvieron en cuenta desde fines del siglo pasado, cuando comenzaron á estudiarse y aplicarse los buenos principios de Administracion. La ley 24, tít. XI, lib. VII, de la Nov. Rec., reservaba al Gobierno la direccion ó impulso de las obras necesarias para el aprovechamiento de las aguas públicas, encargando á los corregidores «que se informasen por medio de los ingenieros de los ríos que se podrían comunicar, engrosar y hacer navegables, á qué costa y con qué utilidades, y dónde podría y convendría hacer nuevas acequias útiles para regadío de las tierras, fábricas, molinos ó batanes».

Otras leyes, Reales Órdenes y Decretos se sucedieron, como los de 14 de Marzo de 1846, 29 de Abril de 1860, y otros varios que contenían análogas disposiciones, todo lo cual fué tenido en cuenta por la comision encargada de formar la ley de 1866, para declarar el dominio público de las corrientes naturales, por más que con arreglo á la prescripcion establecida para adquirir las cosas inmuebles en la ley civil, y dada la existencia de multitud de pequeños manantiales que van á fertilizar ciertos predios, se respetaron los aprovechamientos de ellos como pertenecientes al predio que riegan.

(1) Leyes 6.ª y 8.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª

Pero cuando la Administracion, por medio de sus agentes, interviene en los riegos y distribuye las aguas, vigilando y reglamentando su aprovechamiento, no pueden considerarse aquéllas sinó como de dominio público.

Este mismo espíritu es el que predomina en la ley de 13 de Junio de 1879, última palabra en la materia, que ha venido á llenar algunos pequeños vacíos dejados por la de 1866, restableciendo muchos de sus artículos, que habían sido derogados por el Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868.

La moderna ley adjudica al dueño de un predio el dominio de las aguas pluviales que en el mismo caen, y declara como públicas las que corran por cauces del mismo carácter, facultando á la Administracion para hacer concesiones de su aprovechamiento. Análoga explicacion tiene el dominio de las aguas procedentes de manantiales, arroyos y las estancadas: miéntras discurran ó se hallen en propiedad particular, su dueño puede aprovecharlas haciendo las obras necesarias al efecto, sin perjudicar extraños intereses; pero desde el momento en que dejan de correr por predios privados, la ley se encarga de reglamentar su aprovechamiento, segun la situacion de los terrenos, los usos á que se apliquen, previa licencia de la autoridad competente segun los casos.

No estaba tan clara nuestra legislacion respecto al dominio de las aguas subterráneas, porque hallándose sujeto este punto á lo que por costumbre se observase en cada localidad, no escaseaban los litigios. Era preciso tener en cuenta los opuestos intereses del investigador de las aguas, que con su capital y trabajo descubría manantiales fecundos para los campos, y el del dueño del terreno donde la perforacion había de llevarse á cabo para el alumbramiento de las aguas. La ley de 1866, á la vez que concedía al descubridor el dominio de las halladas por pozos artesianos y por socavones ó galerías, reservando al propietario del terreno la facultad de abrir pozos ordinarios y norias, y el dominio del agua extraída por estos medios, prescribía que sólo mediante la licencia del propietario podría perforarse un terreno privado, siendo el gobernador el autorizado para permitir los trabajos de exploracion en los terrenos públicos. La nueva ley hoy vigente, sin decir nada sobre la licencia del propietario para perforar su terreno, dispone que sólo podrán concederse para estos alumbramientos subterráneos terrenos de dominio público, cuya superficie ó suelo no haya sido concedido para objeto diferente, á no ser que ambos sean compatibles.

SECCION TERCERA

DE LAS OBRAS DE DEFENSA Y DE LA DESECACION DE TERRENOS

§ I

De las obras de defensa contra las aguas públicas.

Artículo 583.—Los dueños de predios lindantes con cauces públicos tienen libertad de poner defensas contra las aguas en sus respectivas márgenes por medio de plantaciones, estacadas ó revestimientos, siempre que lo juzguen conveniente, dando de ello oportunamente conocimiento á la autoridad local. La Administracion podrá, sin embargo, previo expediente, mandar suspender tales obras y áun restituir las cosas á su anterior estado, cuando por sus circunstancias amenacen aquéllas causar perjuícios á la

navegacion ó flotacion de los ríos, desviar las corrientes de su curso natural ó producir inundaciones.

ORÍGENES

Art. 52 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Las leyes anteriores á 1845 no concedían derecho para alterar el curso de las aguas, ni para aprovecharlas, aunque se hubiesen hecho obras en el álveo de un río, si no se había obtenido previamente el permiso de la Administracion (Sent. 29 Marzo 1852).

Sólo las autoridades administrativas pueden conocer al tenor de los artículos de esta seccion de las cuestiones referentes á obras de defensa contra aguas públicas, y decretar en su caso la indemnizacion de perjuicios que corresponda (Comp. 6 Marzo 1873).

Artículo 584.—Cuando las plantaciones y cualquiera obra de defensa que se intente hayan de invadir el cauce, no podrán ejecutarse sin previa autorizacion del Ministro de Fomento en los ríos navegables y flotables, y del gobernador de la provincia en los demas ríos, con arreglo siempre á lo que se prevenga en el reglamento.

ORÍGENES

Art. 53 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

El que construye una obra de defensa de su heredad invadiendo el cáuce del río, sin haber obtenido la autorizacion competente debe ser condenado á la demolicion y al abono de los daños y perjuicios causados á tercero (Sent. 12 Marzo 1873).

Artículo 585.—En los cauces donde convenga ejecutar obras poco costosas de defensa, el gobernador concederá una autorizacion general para que los dueños de los predios limítrofes, cada cual en la parte de cauce lindante con su respectiva ribera, puedan construirlas, pero sujetándose á las condiciones que se fijen en la concesion, encaminadas á evitar que unos propietarios causen perjuicios á otros, y conforme á lo que se prefije en el reglamento.

ORÍGENES

Art. 54 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 586.—Cuando las obras proyectadas sean de alguna consideracion, el Ministro de Fomento, á solicitud de los que las promuevan, podrá obligar á costearlas á todos los propietarios que hayan de ser beneficiados por ellas, siempre que preste su conformidad la mayoría de éstos, computada por la parte de propiedad que cada uno represente y que aparezca cumplida y facultativamente justificada la comun utilidad que las obras hayan de producir. En tal caso cada cual contribuirá al pago segun las ventajas que reporte.

ORÍGENES

Art. 55 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 587.—Siempre que para precaver ó contener inundaciones inminentes sea preciso en caso de urgencia practicar obras provisionales ó destruir las existentes en toda clase de predios, el alcalde podrá acordarlo desde luégo bajo su responsabilidad; pero en la inteligencia de que habrán de indemnizarse despues las pérdidas y los perjuicios ocasionados, señalándose un 5 por 100 anual de interes desde el día en que se causó el daño hasta que se verifique la indemnizacion. El abono de esta indemnizacion correrá respectivamente á cargo del Estado, de los Ayuntamientos ó de los particulares, segun á quien pertenezcan los objetos amenazados por la inundacion y cuya defensa haya ocasionado los daños indemnizables y con sujecion á las prescripciones del reglamento.

ORÍGENES

Art. 56 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 588.—Las obras de interes general, provincial ó local necesarias para defender las poblaciones, territorios, vías ó establecimientos públicos y para conservar encauzados ó expeditos los ríos navegables y flotables, se acordarán y costearán por la

Administracion, segun lo prescrito en la ley general de Obras públicas.

El exámen y aprobacion de los proyectos relativos á esta clase de obras corresponde al Ministerio de Fomento, quien habrá de autorizar la ejecucion de las mismas previos los trámites que se señalarán en el reglamento para la ejecucion de la presente ley.

ORÍGENES

Art. 57 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 589.—El Ministro de Fomento dispondrá que se haga el estudio de los ríos bajo el punto de vista del mejor régimen de las corrientes, así como de los trozos navegables y flotantes, el aforo de sus corrientes y medios de evitar las inundaciones, fijar los puntos donde convenga hacer obras de encauzamiento, sanear encharcamientos y mantener expedita la navegacion y flotacion.

ORÍGENES

Art. 58 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 590.—Tambien dispondrá el Ministro de Fomento que se estudien aquellas partes de las cuencas y laderas de los ríos que convenga mantener forestalmente poblados en interes del buen régimen de las aguas.

ORÍGENES

Art. 59 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

No se limitó únicamente la ley á declarar cuándo las aguas eran objeto de dominio público y cuándo del privado, estableciendo el modo de aprovecharlas y de concederlas. Habia otros puntos que merecieron llamar tambien su atencion porque como se dice en la exposicion de motivos que acompaña á la ley de 1866, «el agua, benéfico elemento de toda vida, que desarrolla la vegetacion en los campos, suministra fuerza motriz á las industrias, conserva la salud, y dando animacion y alegría contribuye al ornato público en las poblaciones, conviértese á veces en un enemigo terrible y poderoso, que ora desbordándose en impetuosas avenidas y grandes inundaciones, esparce la desolacion y la ruína por dilatadas comarcas, ora con su mansa y apacible, pero incesante corriente, ya socavando los terrenos contiguos y haciendo desaparecer con ellos la fortuna de sus propietarios. El acarreo incesante de los aluviones obstruye por otra parte los cauces, ofreciendo obstáculos á la navegacion y flote, y produciendo inundaciones.

El interes de los ribereños y el del público exigen, pues, de consuno que se fortifiquen las márgenes y riberas, y que se conserven desembarazados los cauces de las corrientes públicas para evitar aquellos daños».

Por estas razones, la ley de 13 de Junio de 1879, del mismo modo que lo hizo la de 1866, trata de poner los medios más conducentes al fin indicado; así es que concede á los dueños de predios lindantes con cauces públicos la facultad de hacer en sus respectivas márgenes y riberas plantaciones y obras de defensa contra las aguas; pero siempre con conocimiento de la autoridad local, y facultando á la Administracion para suspender y demoler las obras cuando puedan causar perjuicios á la navegacion ó flotacion de los ríos, desviar las corrientes de su curso natural ó producir inundaciones. En otras ocasiones, sin embargo, será precisa la autorizacion del Ministro de Fomento ó del gobernador, segun los casos, para todos los dueños de predios ribereños cuando aquélla se conceda para la ejecucion de obras de defensa poco costosas y de interes general.

Las obras necesarias para defender las poblaciones, territorios para conservar encauzados y expeditos los ríos navegables, etc., etc., se costearán por la Administracion; pero el autorizarlas compete solamente al Ministro de Fomento, pues como se dispuso por Órden de 15 de Abril de 1874, las Diputaciones y Comisiones provinciales «carecen de competencia para conocer en asuntos de este género; la seccion ha informado en este sentido en varias ocasiones, con cuya doctrina el Ministerio de Fomento se ha conformado en la Real Órden de 14 de Enero de 1872, que declaró que la Comision provincial de Pontevedra no pudo decretar la suspension de una obra que se efectuaba en terreno comunal para su aprovechamiento de aguas otorgado legalmente por el gobernador; en otra de Diciembre del mismo año, por la cual se fijó que las Diputaciones provinciales carecen de competencia para entender en las cuestiones sobre disfrutes y apro-

vechamientos de aguas, teniéndola los gobernadores; y, por último, en otra de 1.º de Agosto de 1871, por la cual se aprobó la suspension que el gobernador de Madrid decretó de un acuerdo de la Diputacion provincial relativa á la concesion de aguas públicas».

Del mismo modo que por esta disposicion, se había resuelto por competencia de 6 de Marzo de 1873, una y otra anteriores á la vigente ley de Aguas, que sólo las autoridades administrativas pueden conocer al tenor de los artículos de esta seccion, de las cuestiones referentes á obras de defensa contra aguas públicas, y decretar en su caso la indemnizacion de perjuicios que corresponda.

Por último, no podía la ley pasar por alto una facultad discrecional que siempre había ejercido la Administracion por razon de necesidad, y es la que se refiere á practicar toda clase de obras y destruir las existentes, sin previa indemnizacion ni formalidad alguna, cuando amenaza algun peligro ó inundacion, y así ha sido reconocida por el legislador, estableciendo que despues se indemnizarán las pérdidas y perjuicios causados, á razon de un 5 por 100 anual de interes desde el día en que se causaron. Inconveniente sería que en momentos supremos de peligro se encontrara la Administracion atada para socorrer las vidas ó intereses de los individuos, si se la obligara á instruir expediente ó indemnizar previamente los perjuicios; pero si bien es cierto que en esas ocasiones tiene facultad discrecional para hacer y deshacer, tambien luégo debe indemnizar con arreglo á las prescripciones de la ley.

§ II

De la desecacion de lagunas y terrenos pantanosos.

Artículo 591.—Los dueños de lagunas ó terrenos pantanosos ó encharcadizos que quieran desecarlos ó sanearlos, podrán extraer de los terrenos públicos, previa la correspondiente autorizacion, la tierra y piedra que consideren indispensables para el terraplen y demas obras.

ORÍGENES

Art. 60 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 592.—Cuando las lagunas ó terrenos pantanosos pertenezcan á varios dueños, y no siendo posible la desecacion parcial pretendan varios de ellos que se efectúe en comun, el Ministro de Fomento podrá obligar á todos los propietarios á que costeen colectivamente las obras destinadas al efecto, siempre que esté conforme la mayoría, entendiéndose por tal los que representen mayor extension de terreno saneable. Si alguno de los propietarios resistiese el pago y prefiriese ceder á los dueños su parte de propiedad saneable, podrá hacerlo mediante la indemnizacion correspondiente.

ORÍGENES

Art. 61 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 593.—Cuando se declare insalubre por quien corresponda una laguna ó terreno pantanoso ó encharcadizo, procede forzosamente su desecacion ó saneamiento. Si fuese de propiedad privada se hará saber á los dueños la resolucion para que dispongan el desagüe ó saneamiento en el plazo que se les señale.

ORÍGENES

Art. 62 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 594.—Si la mayoría de los dueños se negare á ejecutar la desecacion, el Ministro de Fomento podrá concederla á cualquier particular ó empresa que se ofreciese á llevarla á cabo, previa la aprobacion del correspondiente proyecto. El terreno saneado quedará de propiedad de quien hubiese realizado la desecacion ó saneamiento, abonando únicamente á los antiguos dueños

la suma correspondiente á la capitalizacion.

ORÍGENES

Art. 63 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 595.—En el caso de que los dueños de los terrenos pantanosos declarados insalubres no quieran ejecutar la desecacion, y no haya particular ó empresa que se ofrezca á llevarla á cabo, el Estado, la provincia ó el Municipio podrán ejecutar las obras costeándolas con los fondos que al efecto se consignen en sus respectivos presupuestos, y en cada caso con arreglo á la ley general de Obras públicas. Cuando esto se verifique, el Estado, la provincia ó el Municipio disfrutarán de los mismos beneficios que determina el artículo anterior, en el modo y forma que en él se establece, quedando en consecuencia sujetos á las prescripciones que rijan para esta clase de bienes.

ORÍGENES

Art. 64 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 596.—Si los pantanos, lagos ó terrenos encharcadizos declarados insalubres perteneciesen al Estado, y se presentase una proposicion ofreciéndose á desecarlos y sanearlos, el autor de la proposicion quedará dueño de los terrenos saneados, una vez ejecutadas las obras con arreglo al proyecto aprobado. Si se presentasen dos ó más proposiciones, la cuestion de competencia se decidirá con arreglo á los artículos 62 y 63 de la ley general de Obras públicas.

ORÍGENES

Art. 65 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 597.—El peticionario de desecacion ó saneamiento de lagos, pantanos ó encharcamientos pertenecientes al Estado, al comun de vecinos ó á particulares, podrá reclamar, si le conviniere, la declaracion de utilidad pública.

ORÍGENES

Art. 66 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 598.—Las disposiciones contenidas en la ley general de Obras públicas relativas á las autorizaciones de estudios y derechos de los que las obtengan, declaracion de utilidad pública, obligaciones de los concesionarios, caducidad de las concesiones y conocimiento de las obras ejecutadas para el aprovechamiento de aguas públicas son aplicables á las autorizaciones otorgadas á empresas particulares para la desecacion de pantanos y encharcamientos, sin pejuício de las condiciones especiales que en cada caso se establezcan.

ORÍGENES

Art. 67 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 599.—Los terrenos reducidos á cultivo por medio de la desecacion ó saneamiento gozarán de las ventajas de los que de nuevo se roturan.

ORÍGENES

Art. 68 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

Si por un lado ha procurado la ley poner los medios necesarios para precaver los peligros de las inundaciones, por otro ha tenido en cuenta el cultivo y la salud pública para evitar los perjuícios grandes que pudieran causar á una y otra la existencia de lagunas y terrenos pantanosos.

Nadie mejor que sus dueños respectivos podrán proceder á su desecacion, porque nadie tampoco tendrá tanto interes como ellos en reducir á cultivo y hacer fructifera la propiedad que nada les producía; por esto no debe intervenir el Estado en lo que sólo afecta á intereses individuales, limitándose á remover los obstáculos y estimular con medios indirectos; pero puede haber ocasiones en que su intervencion sea no sólo conveniente sinó necesaria, ya para evitar que la ilimitada libertad de un individuo se oponga al ejercicio de igual derecho en otros ó esterilice sus trabajos, ya para destruir los focos de infeccion que comprometan la salud pública.

Puede pertenecer á varios dueños un terreno pantanoso cuya desecacion parcial no sea posible por la oposicion de alguno de ellos, y serán entónces inútiles cuantos esfuerzos hagan unos por sanear su parte si no hacen lo mismo otros

con la suya. El medio, pues, para atender al interes de todos, no es otro que la intervencion del Estado para someterlos á la voluntad de la mayoría, y, desde el momento en que el mayor número de los dueños de un terreno pantanoso se hallen interesados en su desecacion, podrá obligarse á los que disientan á costear colectivamente las obras destinadas al efecto. No es justo que por la obstinada resistencia de un individuo, dejen de llevarse á cabo obras que vienen á favorecer los intereses de la comunidad, ni que disfrute aquél del beneficio sin contribuir á sus gastos.

Pero no es esto sólo; puede ser un terreno pantanoso y por consiguiente nocivo para la salud pública y oponerse el propietario á sanearlo, en cuyo caso, si despues de compelerle á ello no lo hiciere, podrá encargarse á cualquier particular ó empresa, prévia la correspondiente indemnizacion, cuyas obras se harán con arreglo á las disposiciones de la ley general de Obras públicas.

SECCION CUARTA

DE LOS APROVECHAMIENTOS COMUNES DE LAS AGUAS PÚBLICAS

§ I

Del aprovechamiento de las aguas públicas para el servicio doméstico, agrícola y fabril.

Artículo 600.—Miéntras las aguas corran por sus cauces naturales y públicos, todos podrán usar de ellas para beber, lavar ropas, vasijas y cualesquiera otros objetos, bañarse y abrevar ó bañar caballerías y ganados, con sujecion á los reglamentos y bandos de policía municipal.

ORÍGENES

Art. 126 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Hallándose los Ayuntamientos encargados de la distribucion de las aguas de comun aprovechamiento, los abusos que en esta materia pueda cometer una municipalidad, no son de la competencia de los tribunales ordinarios, áun en el caso de que envuelvan la infraccion de algunas disposiciones legales (Sent. 18 Marzo 1862).

Cuando se cuestiona sobre el aprovechamiento de aguas, ántes que las reglas generales, deben estimarse los pactos expresos ó los derechos creados por el uso, segun el resultado de las pruebas con que se justifiquen (Sent. 3 Marzo 1866).

Artículo 601.—En las aguas que apartadas artificialmente de sus cauces naturales y públicos discurriesen por canales, acequias ó acueductos descubiertos, aunque pertenezcan á concesionarios particulares, todos podrán extraer y conducir en vasijas la que necesiten para usos domésticos ó fabriles y para el riego de plantas aisladas, pero la extraccion habrá de hacerse precisamente á mano, sin género alguno de máquina ó aparato, y sin detener el curso del agua, ni deteriorar las márgenes del canal ó acequia. Todavía deberá la autoridad limitar el uso de este derecho, cuando cause perjuícios al concesionario de las aguas. Se entiende que en propiedad privada nadie puede penetrar para buscar ó usar el agua, á no mediar licencia del dueño.

ORÍGENES

Art. 127 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 602.—Del mismo modo en los canales, acequias ó acueductos de aguas públicas al descubierto, aunque de propiedad temporal de los concesionarios, todos podrán lavar ropas, vasijas ú otros objetos,

siempre que con ello no se deterioren las márgenes, ni exija el uso á que se destinen las aguas, que se conserven en estado de pureza. Pero no se podrán bañar ni abrevar ganados ni caballerías sinó precisamente en los sitios destinados á este objeto.

ORÍGENES

Art. 128 Ley 13 Junio 1879.

§ II

Del aprovechamiento de las aguas para la navegacion y flotacion.

Artículo 603.—El Gobierno, mediante expediente, declarará por medio de Reales Decretos los ríos que, en todo ó en parte, deban considerarse como navegables ó flotables.

ORÍGENES

Art. 134 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 604.—La designacion de los sitios para el embarque de pasajeros y mercancías en los ríos navegables, y para la formacion y estancia de almadías ó balsas en los flotables, corresponde al gobernador de la provincia, previa formacion de expediente.

Los terrenos necesarios para estos usos se adquirirán por expropiacion forzosa, cuando sean de propiedad particular.

ORÍGENES

Art. 135 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 605.—Las obras para canalizar ó hacer navegables ó flotables los ríos que no lo sean naturalmente, se ejecutarán conforme á lo prescrito en la ley general de Obras públicas.

ORÍGENES

Art. 136 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 606.—Cuando para convertir un río en navegable ó flotable por medio de obras de arte, hayan de destruirse fábricas, presas ú otras obras legalmente construídas en cauces ó riberas, ó privar del riego ó de otro aprovechamiento á los que con derecho lo disfrutasen, procederá la expropiacion forzosa é indemnizacion de los daños y perjuícios.

ORÍGENES

Art. 137 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 607.—La navegacion de los ríos es enteramente libre para toda clase de embarcaciones nacionales ó extranjeras, con sujecion á las leyes y reglamentos generales y especiales de la navegacion.

ORÍGENES

Art. 138 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 608.—En los ríos no declarados navegables ó flotables, todo el que sea dueño de sus márgenes, ú obtenga permiso de quienes lo sean, podrá establecer barcas de paso para el servicio de sus predios ó de la industria á que estuviese dedicado.

ORÍGENES

Art. 139 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 609.—En los ríos meramente flotables, no se podrá verificar la conduccion de maderas sinó en las épocas que para cada uno de ellos designe el Ministro de Fomento.

ORÍGENES

Art. 140 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 610.—Cuando en los ríos no declarados flotables pueda verificarse la flotacion en tiempo de grandes crecidas, ó con el auxilio de presas movibles, podrá autorizarla, previo expediente, el gobernador de

la provincia, siempre que no perjudique á los riegos é industrias establecidas, y se afiance por los peticionarios el pago de daños y perjuícios.

ORÍGENES

Art. 141 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 611.—En los ríos navegables ó flotables no se podrá autorizar la construccion de presa alguna, sin las necesarias exclusas y portillos ó canalizos para la navegacion y flotacion, y las escalas salmoneras en los ríos donde éstas sean precisas para el fomento de dicha clase de pesca, siendo la conservacion de todas esas obras de cuenta del dueño de ellas.

ORÍGENES

Art. 142 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 612.—En los ríos navegables y flotables, los patrones de los barcos y los conductores de efectos llevados á flote serán responsables de los daños que aquéllos y éstos ocasionen.

Al cruzar los puentes ú obras públicas y particulares, se ajustarán los patrones conductores á las prescripciones reglamentarias de las autoridades. Si causaren algun deterioro, abonarán todos los gastos que ocasione su reparacion, previa cuenta justificada.

ORÍGENES

Art. 143 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 613.—Estas responsabilidades podrán hacerse efectivas sobre los barcos ó efectos flotantes, á no mediar fianza suficiente, sin perjuicio del derecho que á los dueños competa contra los patrones ó conductores.

ORÍGENES

Art. 144 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 614.—Toda la madera y demas efectos flotantes que vayan á cargo de un mismo conductor, áun cuando pertenezcan á diferentes dueños, serán responsables al pago de los daños y deterioros que los mismos efectos causen.

El dueño ó dueños de la madera ú otros efectos que se embarguen y vendan en su caso, podrán reclamar de los demas el reintegro que á cada cual corresponda pagar, sin perjuício del derecho que á todos asiste contra el conductor.

ORÍGENES

Art. 145 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 615.—Lo dispuesto en el artículo anterior se observará tambien cuando por avenidas ú otras causas se hayan reunido dos ó más conducciones de madera ó efectos flotantes, mezclándose de tal suerte que no sea posible determinar á cuál de ellos pertenecían los efectos causantes del daño. En tal caso se considerarán como una sola conduccion y los procedimientos se entenderán con cualquiera de los conductores, á quienes les quedará á salvo el derecho de reclamar de los demas el pago de lo que pudiera corresponderles.

ORÍGENES

Art. 146 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

El aprovechamiento es un derecho que autoriza al que lo tiene para usar de una cosa en la forma y para el objeto concedido; por consiguiente, no está facultado el que disfrute de ese derecho para abusar de un modo absoluto é ilimitado de una cosa como el propietario, porque entre el dominio y el aprovechamiento hay gran diferencia. Mediante el primero podemos usar de las cosas libremente como nos plazca, sin más limitaciones que la de no perjudicar derechos ajenos; el segundo es un derecho limitado, sujeto á las condiciones de quien lo concede, condiciones necesariamente exigidas por el poder público para evitar conflictos y para que á todos alcance ese uso, y cuando no, para concederlo de la manera que proporcione mayores ventajas.

Esto es lo que el legislador ha tenido en cuenta al tratar del modo y forma en que debían concederse los aprovechamientos de aguas; pero entre éstos conviene distinguir los que por su carácter comun no necesitan autoriza-

cion para ejercitarlos, puesto que por no consumir el agua ó lo hacen en pequeña cantidad, constituyen propiamente un uso, y los que para su ejercicio necesitan concesiones especiales del poder público.

La ley de Aguas, en los artículos de la presente seccion, trata de los primeros comprendiendo entre ellos tres clases de aprovechamientos: 1.°, para el servicio doméstico, agrícola y fabril; 2.°, para la pesca, y 3.°, para la navegacion y flotacion, de los cuales únicamente tratamos del primero y último, dejando el segundo para el lugar correspondiente.

Nada más natural que el uso de las aguas corrientes para satisfacer las necesidades domésticas, para abrevar los ganados, para bañarse, etc. Desde el momento en que las aguas con el carácter de públicas, discurren por cauces naturales, no hay motivo ni razon que pueda impedir su uso para beber, lavar ropas ó vasijas, bañarse, abrevar caballerías, sin perjuicio, por supuesto, de que la Adminisiracion reglamente esos usos, siempre que lo exijan la salud, la moral ó la conveniencia pública.

Tratándose de aguas que corren por acequias, canales ó acueductos, podrá ofrecer alguna dificultad su aprovechamiento, sobre todo la facultad de extraerlas en vasijas; pero la ley, teniendo en cuenta su cualidad de públicas, y que en nada se oponen aquellos usos á los comunes á ella consiguientes, conforme á las costumbres establecidas hasta en los puntos donde más se aprecia el agua, no ha vacilado en reconocer un derecho general á extraer con vasijas de las acequias, canales y acueductos el agua necesaria para usos domésticos ó fabriles y para el riego de plantas; pero la extraccion deberá hacerse á mano, sin aparato de ninguna clase, y sin detener el curso del agua ni deteriorar las márgenes del canal ó acequia, porque de otro modo podría extraerse en tan considerable proporcion, que resultare perjudicado el concesionario y perdiera el aprovechamiento su carácter de comun. Igualmente no se podrá lavar ropas ni vasijas en aguas que por su uso sea necesario conservarlas en estado de pureza, ni abrevar ganados ó caballerías fuera de los sitios para ello designados.

Otra clase de aprovechamientos comunes de las aguas públicas es el que se refiere á la navegacion y flotacion, sobre lo cual poco hay que decir que sirva de explicacion á lo dispuesto en la ley. Al Gobierno corresponde declarar qué ríos son navegables ó flotables, oyendo á las juntas de agricultura, industria y comercio y á las Diputaciones provinciales; designar los sitios de embarque y desembarque de pasajeros y mercancías, adquiriendo para ello los terrenos necesarios conforme á las leyes; señalar los meses en que la flotacion pueda ejercitarse en los ríos solamente de ella susceptibles, á fin de conciliar los intereses de unos con el servicio de los riegos de otros, y á este tenor una porcion de facultades perfectamente compren didas en la ley.

SECCION QUINTA

DE LOS APROVECHAMIENTOS ESPECIALES DE LAS AGUAS PÚBLICAS

§ I

De la concesion de aprovechamientos.

Artículo 616.—Es necesaria autorizacion para el aprovechamiento de las aguas públicas, especialmente destinadas á empresas de interes público ó privado, salvo los casos expresados en los artículos 561, 643, 645, 646 y 653 (6, 174, 176, 177 y 184 de la ley).

ORÍGENES

Art. 147 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 617.—El que tuviere derecho declarado á las aguas públicas de un río ó arroyo, sin haber hecho uso de él ó habiéndo-

lo ejercitado solamente en parte, se le conservarán íntegros por el espacio de veinte años, á contar desde la promulgacion de la ley de 3 de Agosto do 1866.

Pasado este tiempo, caducarán tales derechos á la parte de aguas no aprovechada, sin perjuício de lo que se dispone por regla general en el siguiente artículo.

En tal caso es aplicable al aprovechamiento ulterior de las aguas lo dispuesto en los artículos 560, 561, 562, 566 y 569 (5.°, 6.°, 7.°, 11 y 14 de la ley).

De todos modos, cuando se verifique la informacion pública para alguna concesion de aguas, tendrá el poseedor de aquellos derechos la obligacion de acreditarlos en la forma y tiempo que señalen los reglamentos. Si procediese la expropiacion forzosa, se llevará á cabo, previa la correspondiente indemnizacion.

ORÍGENES

Art. 148 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Las cuestiones sobre derechos y disfrutes ó aprovechamientos de que tratan los arts. 193 y 194 de la ley de Aguas de 3 de Enero de 1866 (1), y sobre la autorizacion para construir una presa á que se refieren el 235 y 240, son en la vía contenciosa de la competencia de los tribunales contencioso-administrativos (Sent. 27 Diciembre 1872).

Artículo 618.—El que durante veinte años hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas, sin oposicion de la autoridad ó de tercero, continuará disfrutándolo áun cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorizacion.

ORÍGENES

Art. 149 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

La disposicion del art. 194 de la ley de 3 de Agosto de 1866 tiene notoriamente por objeto suplir esta autorizacion, cuya necesidad creó la misma ley por su art. 192, suponiéndola tácitamente concedida por el disfrute sin oposicion durante veinte años; por lo que es claro que éstos deben contarse desde la promulgacion de la ley, ó sea desde que por ella se estableció la autorizacion expresa, que reemplaza con la tácita ó presunta (Sent. 11 Marzo 1874).

El art. 194 de la ley de 3 de Agosto de 1866, que da derecho á disfrutar de las aguas públicas á quien hubiese estado en posesion tranquila de ellas por más de veinte años, no puede infringirse en el caso en que el demandante no ha tenido la posesion de regar su finca en tiempo alguno, hasta que quiso hacerlo y fué contenido por el interdicto de recobrar (Sent. 19 Diciembre 1877).

Tambien es inaplicable al caso, y no puede infringir la sentencia, el art. 251 de la ley mencionada, sobre que se conserven los regadíos consuetudinarios cuando la finca litigiosa no ha sido regada por costumbre ni sin ella en tiempo alguno (Sent. id. id. id.).

El párrafo segundo del art. 140 de la citada ley de 1866, se refiere al modo de extinguirse las servidumbres sobre esta materia; y no teniendo servidumbre la heredad litigiosa, es evidente que no se infringe en la sentencia por no aplicarla (Sent. id. id. id.).

Artículo 619.—Toda concesion de aprovechamiento de aguas públicas se entenderá hecha sin perjuício de tercero, y dejando á salvo los derechos particulares: respecto á la duracion de estas concesiones se determinará en cada caso, segun las prescripciones de la presente ley.

ORÍGENES

Art. 150 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Cuando lo concesion de aguas de un río se hace sin perjuício de los derechos de propiedad de cualquiera otro interesado, toda vez que resulte que con la construccion de las obras necesarias para disfrutar dicha concesion infiere daño á un tercero, éste tiene el indisputable derecho de pedir que por el concesionario se hagan las obras necesarias para evitarle todo perjuício, y que se le mantenga en el goce y pacífica posesion que ha venido disfrutando (Sent. 20 Mayo 1866).

La fórmula, «salvo el derecho de propiedad y sin perjuício de tercero», se encamina á borrar hasta las últimas sombras de lesion y daño

(1) Equivalentes á los 617 y 618 de este Código ó 148 y 149 de la ley vigente.

que en los derechos de los particulares pudieran inferirse con motivo de las Reales autorizaciones (Sents. 21 Mayo 1870 y 5 Julio 1873).

Artículo 620. —En las concesiones de aprovechamiento de aguas públicas se entenderá comprendida la de los terrenos de dominio público, necesario para las obras de la presa y de los canales y acequias.

Respecto de los terrenos de propiedad del Estado, de la provincia, de los pueblos ó particulares, se procederá segun los casos á imponer la servidumbre forzosa, sin perjuício de lo dispuesto en el artículo, ó la expropiacion por causa de utilidad pública, previo el oportuno expediente y demas formalidades que correspondan.

ORÍGENES

Art. 151 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 621. En toda concesion de aprovechamiento de aguas públicas se fijará la naturaleza de éste, la cantidad en metros cúbicos por segundo del agua concedida, y si fuese para riego la extension en hectáreas del terreno que haya de regarse.

Si en aprovechamientos anteriores á la presente ley no estuviese fijado el caudal de agua, se entenderá concedido únicamente el necesario para el objeto de aquéllos, que determinará el Ministro de Fomento con audiencia de los interesados, pudiendo exigirles establezcan los módulos convenientes.

ORÍGENES

Art. 152 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 622.—Las aguas concedidas para un aprovechamiento no podrán aplicarse á otro diverso sin la formacion de expediente, como si se tratara de nueva concesion.

ORÍGENES

Art. 153 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Para aplicar las aguas concedidas para un aprovechamiento á otro diverso, no ha de hacerse alteracion alguna, ni en su calidad ni en la altura de la presa, direccion y nivel de la corriente. Cualquiera novedad de esta naturaleza que se intente necesita nueva concesion (Sent. 3 Febrero 1871).

Artículo 623.—La Administracion no será responsable de la falta ó disminucion que pueda resultar en el caudal expresado en la concesion, ya sea que proceda de error ó de cualquiera otra causa.

ORÍGENES

Art. 154 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 624.—Siempre que en las concesiones y en los disfrutes de cantidades determinadas de agua por espacio fijo de tiempo no se exprese otra cosa, el uso continuo se entiende por todos los instantes: si fuese por días, el día natural se entenderá de 24 horas desde media noche; si fuese durante el día ó la noche, se entenderá entre la salida y la puesta del sol, y si fuese por semanas, se contarán desde las doce de la noche del domingo; si fuese por días festivos ó con exclusion de ellos, se entenderán los de precepto en que no se puede trabajar, considerándose únicamente días festivos aquellos que eran tales en la época de la concesion ó del contrato.

La aplicacion de estas disposiciones y los pormenores sobre el modo y tiempo del disfrute del agua, se encomiendan á los reglamentos administrativos ó á las Ordenanzas de las comunidades de regantes de que trata el artículo 42 de la ley de aguas.

ORÍGENES

Art. 155 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 625.—Las autorizaciones para hacer estudios de todo aprovechamiento de aguas, se sujetarán á lo que prescribe el artículo 157 de la ley general de Obras públicas.

ORÍGENES

Art. 156 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 626.—Las concesiones de aprovechamiento especiales de aguas públicas, lo mismo que las de desecacion y saneamien-

to, se otorgarán prefiriendo los proyectos de más importancia y utilidad, y en igualdad de circunstancias los que ántes hubiesen sido presentados.

Lo relativo á los proyectos, concesiones, ejecucion, inspeccion y recepcion de las obras que requieran los aprovechamientos objeto de la concesion, se regirá por las prescripciones de la ley general de Obras públicas.

ORÍGENES

Art. 157 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 627.—Las concesiones de aprochamientos de agua, caducarán por no haberse cumplido las condiciones y plazos con arreglo á las cuales hubiesen sido otorgadas.

ORÍGENES

Art. 158 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 628.—En todo aprovechamiento de aguas públicas para canales de navegacion ó riego, acequias y saneamientos, serán propiedad perpetua de los concesionarios los saltos de agua y las fábricas y establecimientos industriales que á su inmediacion hubiesen construído y planteado.

ORÍGENES

Art. 159 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 629.—En la concesion de aprovechamientos especiales de aguas especiales se observará el siguiente órden de preferencia:

Primero. Abastecimiento de poblaciones.

Segundo. Abastecimiento de ferro-carriles.

Tercero. Riegos.

Cuarto. Canales de navegacion.

Quinto. Molinos y otras fábricas, barcas de paso y puentes flotantes.

Sexto. Estanques para viveros ó criaderos de peces.

Dentro de cada clase serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de circunstancias las que ántes hubiesen solicitado el aprovechamiento.

En todo caso se respetarán preferentemente los aprovechamientos comunes expresados en los párrafos primero, segundo y tercero de la seccion anterior.

ORÍGENES

Art. 160 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

La preferencia que establece el art. 207 de la ley de 3 de Agosto de 1866 (160 de la de 1879) para abastecimiento de las poblaciones, no da derecho á la completa absorcion de las aguas corrientes, cuando no sea necesaria (Sent. 5 Abril 1871).

Puede obtener la preferencia el que solicite despues la concesion si su empresa es de mayor importancia y utilidad (Sent. 23 Setiembre 1871).

Artículo 630.—Todo aprovechamiento especial de aguas públicas está sujeto á la expropiacion forzosa por causa de utilidad pública, previa la indemnizacion correspondiente, en favor de otro aprovechamiento que le preceda, segun el órden fijado en el artículo anterior, pero no en favor de los que lo sigan, á no ser en virtud de una ley especial.

ORÍGENES

Art. 161 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 631.—En casos urgentes de incendio, inundacion ú otra calamidad pública, la autoridad ó sus dependientes podrán disponer instantáneamente, y sin tramitacion ni indemnizacion previa, pero con sujecion á Ordenanzas y reglamentos, de las aguas necesarias para contener ó evitar el daño. Si las aguas fuesen públicas no habrá lugar á indemnizacion; mas si tuviesen aplicacion industrial ó agrícola ó fuesen de dominio particular, y con su distraccion se hubiese ocasionado perjuício apreciable, será éste indemnizado inmediatamente.

ORÍGENES

Art. 162 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 632.—En toda concesion de canales de navegacion y riego ó de acequias,

así como en las empresas de desecacion ó saneamiento, los capitales extranjeros que se empleen en la construccion de las obras y adquisicion de terrenos quedan bajo la salvaguardia del Estado, y están exentos de represalias, confiscaciones y embargos por causas de guerra.

ORÍGENES

Art. 163 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

Segun hemos dicho anteriormente, hay aprovechamientos que por consumir una considerable cantidad de agua ó impedir otros idénticos, exigen para su ejercicio concesiones especiales por parte del poder público. La léy de Aguas empieza en el párr. 1.° de la seccion quinta por tratar de la concesion de esos aprovechamientos en general, para examinar en los siguientes párrafos cada uno de ellos en particular.

¿Cómo el poder público debe hacer esas concesiones? ¿Es indispensable una autorizacion expresa, ó puede ser bastante siendo tácita ó presunta?

El legislador no tuvo más remedio que admitir el título de la prescripcion de cosas inmuebles de ausentes, porque áun mediando autorizacion expresa, pueden haber pasado tantos años y existir concesiones tan antiguas que no sea fácil presentar un título que los acredite en la mayoría de los casos. Hé aquí por qué, si las concesiones tienen por objeto el evitar perjuicios al público ó á tercero, la demostracion de que no los causa un aprovechamiento, es que la administracion y los particulares lo hayan tolerado por tantos años, lo que equivale á una concesion tácita.

Ahora bien: ya se conceda un aprovechamiento tácita ó expresamente, siempre se entenderá otorgado sin perjuicio de tercero y dejando salvo el derecho de propiedad, principio cuya justicia no exige demostracion.

Trata luégo la ley de la necesidad de fijar en toda concesion la cantidad de agua, los derechos de los que obtengan licencia para verificar estudios, las causas de caducidad de los aprovechamientos, y por último, el órden de preferencia con que deben concederse, el cual pareció mejor al legislador establecerlo que no dejar el asunto entregado á influencias personales; de suerte que áun para expropiar terrenos se seguirá el mismo órden, salvo en casos de inundacion ú otra calamidad pública, así como en los que por circunstancias extraordinarias sea preciso alterarlo, áun cuando en este caso deberá hacerse mediante ley especial.

Al marcar el órden de aprovechamientos, los únicos que podrían ofrecer dificultad eran el riego y la navegacion; pero la ley dió preferencia á aquél, en primer lugar, por las circunstancias especiales de nuestro país esencialmente agrícola, donde las sequías afligen frecuentemente á muchas provincias, y en segundo, por la escasez y poca importancia de nuestros ríos navegables.

§ II

Del aprovechamiento de las aguas públicas para el abastecimiento de poblaciones.

Artículo 633.—Unicamente cuando el caudal normal de agua que disfrute una poblacion no llegase á cincuenta litros al día por habitante, de ellos veinte potables, podrá concedérsele de la destinada á otros aprovechamientos, y previa la correspondiente indemnizacion, la cantidad que falte para completar aquella dotacion.

ORÍGENES

Art. 164 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 634.—Si la poblacion necesitada de aguas potables disfrutase ya de un caudal de las no potables, pero aplicables á otros usos públicos y domésticos, podrán completársele, previa la correspondiente indemnizacion cuando proceda, veinte litros diarios de las primeras por cada habitante, aunque esta cantidad, agregada á la no potable, exceda de los cincuenta litros fijados en el artículo anterior.

ORÍGENES

Art. 165 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 635.—Si el agua para el abastecimiento de una poblacion se toma directamente de un río cuyo caudal tenga propietario ó propietàrios, deberá indemnizarse previamente á aquellos á quienes se prive de aprovechamientos legítimamente adquiridos.

ORÍGENES

Art. 166 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 636.—No se decretará la enajenacion forzosa de aguas de propiedad particular para el abastecimiento de una poblacion, sinó cuando por el Ministro de Fomento se haya declarado, en vista de los estudios practicados al efecto, que no hay aguas públicas que puedan ser racionalmente aplicadas al mismo objeto.

ORÍGENES

Art. 167 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 637.—No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el gobernador de la provincia podrá, en épocas de extraordinaria sequía, y oida la Comision provincial, acordar la expropiacion temporal del agua necesaria para el abastecimiento de una poblacion, mediante la indemnizacion correspondiente en favor del particular.

ORÍGENES

Art. 168 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 638.—Cuando la concesion se otorgue á favor de una empresa particular, y en el caso de que la poblacion que se ha de abastecer no tuviese los veinte litros de agua potable por habitante que expresa el artículo, se fijará en la misma concesion la tarifa de precios que pueda percibirse por suministro del agua y tubería.

ORÍGENES

Art. 169 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 639.—Las concesiones de que habla el artículo anterior serán temporales, y su duracion no podrá exceder de 99 años; trascurridos los cuales quedarán todas las obras, así como la tubería, en favor del comun de vecinos, pero con la obligacion por parte del Ayuntamiento de respetar los contratos entre la empresa y los particulares para el suministro del agua á domicilio.

ORÍGENES

Art. 170 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 640.—A los Ayuntamientos corresponde formar los reglamentos para el régimen y distribucion de las aguas en el interior de las poblaciones, con sujecion á las disposiciones generales administrativas. La formacion de estos reglamentos debe ser siempre anterior al otorgamiento de las concesiones de que tratan los artículos anteriores. Una vez hecha la concesion, sólo podrán alterarse los reglamentos de comun acuerdo entre el Ayuntamiento y el concesionario. Cuando no hubiere acuerdo, resolverá el Ministro de Fomento.

ORÍGENES

Art. 171 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

En el órden de aprovechamientos especiales fijado en la ley, ocupa naturalmente el primer lugar el que se refiere al abastecimiento de poblaciones, porque, como se decía en la exposicion de motivos de la ley de 1866, «es tan grande la importancia que el agua tiene en los usos de la vida doméstica, en la higiene, policía y ornato públicos y en el desarrollo de la industria, que desde la más remota antigüedad se ha procurado surtir de ella abundantemente á las poblaciones, sin reparar en lo costoso de las obras», y por esto la nueva ley de Aguas dicta, en los artículos de este párrafo, las disposiciones conducentes á este fin.

Por la importancia y necesidad de esta clase de aprovechamientos de agua, no pudo ménos de tener en cuenta el legislador el caso de que las poblaciones no tuvieran la suficiente cantidad de agua para su consumo, y dictó las reglas oportunas para que, cercenando el agua destinada á otra clase de aprovechamientos, se complete la dotacion que deban tener aquéllas, lo

que deberá hacerse cuando el caudal normal no llegue á cincuenta litros diarios por habitante, de ellos veinte potables.

Podrá parecer escasa esta cantidad; pero debe tenerse en cuenta que la ley se refiere al caso en que la necesidad obligue á cercenar aprovechamientos inferiores que tambien tienen su importancia, y á los cuales no sería conveniente ni político arrebatar el agua que necesitan, como sucede, por ejemplo, con el riego en poblaciones agrícolas, sólo por favorecer las comodidades y el lujo de las capitales.

Alguna dificultad ofrecía el resolver si debían ser indemnizados ó no los propietarios de un río, cuando para abastecer á una poblacion se tomaba de él directamente el agua destinada á otros aprovechamientos.

La ley de 1866 establecía que, cuando el caudal tomado de un río para el abastecimiento de una poblacion no excediera de la vigésima parte del agua que se hallara destinada á aprovechamientos inferiores, no tendría lugar la indemnizacion; pero todos los que disfrutaren de éstos deberían sufrir la disminucion que proporcionalmente les correspondiera, y en todos los demas casos debería indemnizárseles de los perjuicios causados.

La Comision encargada de redactar la ley tuvo en cuenta para resolver este punto un ejemplo entónces reciente. En el río Turia, cuyas aguas, despues de dar riego á gran número de pueblos, fertilizan la extensa huerta de Valencia, quedando su cauce exhausto la mayor parte del año, hubo de hacérsele una nueva derivacion para dotar á la capital de agua potable, y ni se indemnizó á los regantes inferiores, ni éstos hicieron reclamacion alguna, ni se notó que el corto caudal destinado á dicho abastecimiento causara disminucion sensible y apreciable para aquellos regantes. Tanto por esto, como por la condicion tácita que parece llevar todo aprovechamiento de que se entienda sin perjuicio de los usos comunes de la vida á que por naturaleza se halla destinada el agua, y sobre todo lo vario del caudal de los ríos, que no siempre llevan igual cantidad de aguas, resolvió la Comision este punto del modo dicho; pero aquella ley no rige, y en su lugar la promulgada recientemente, teniendo en cuenta ántes que todo los aprovechamientos legítimamente adquiridos, exige se indemnice á los que los disfruten, cuando se tome directamente del río donde aquéllos se ejerciten, alguna cantidad de agua.

Por último, los demas artículos de la ley se refieren al modo de hacer esta clase de concesiones segun los casos, y no necesitan explicacion.

§ III

Del aprovechamiento de las aguas públicas para el abastecimiento de ferro-carriles.

Artículo 641.—Las empresas de ferro-carriles podrán aprovechar, con autorizacion competente, las aguas públicas que sean necesarias para el servicio de los mismos. Concederá la autorizacion el gobernador de la provincia cuando el gasto de agua no hubiese de exceder de 50 metros cúbicos al día; pasando de esta cantidad, resolverá el Ministro de Fomento.

Si las aguas estuviesen destinadas de antemano á otros aprovechamientos, deberá preceder la expropiacion con arreglo á lo dispuesto en el art. 630 (161 de la ley).

ORÍGENES

Art. 172 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 642.—Para el mismo objeto podrán las empresas, con la autorizacion que prescribe el artículo, abrir pozos ordinarios, norias ó galerías, así como tambien perforar pozos artesianos en terrenos de dominio público ó del comun; y cuando fuesen de propiedad privada, previo permiso de su dueño y en su caso del gobernador de la provincia.

ORÍGENES

Art. 173 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 643.—Cuando los ferro-carriles atraviesen terrenos de regadío en que el aprovechamiento del agua sea inherente al dominio de la tierra, las empresas tendrán derecho á tomar, en los puntos más convenientes para el servicio del ferro-carril, la cantidad de agua correspondiente al terreno que hayan ocupado y pagado, quedando obligados á satisfacer en la misma proporcion el cánon de regadío ó sufragar los gastos ordinarios y extraordinarios de acequia segun los casos.

ORÍGENES

Art. 174 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 644.—A falta ó por insuficiencia de los medios autorizados en los artículos anteriores, tendrán derecho las empresas de ferro-carriles, para el exclusivo servicio de éstos, al agua necesaria que siendo de dominio particular no esté destinada á usos domésticos, y en tales casos se aplicará la ley de expropiacion forzosa.

ORÍGENES

Art. 175 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

El segundo lugar en el órden de aprovechamientos de aguas corresponde segun la ley al abastecimiento de los ferro-carriles.

El Gobierno es el facultado para conceder las aguas públicas, previa indemnizacion si estuvieren destinadas de antemano á otros aprovechamientos; podrá autorizar para la apertura de galerías, pozos, norias, etc., excepto en lo interior de los jardines, edificios ó cercados, pero siempre previa indemnizacion de los terrenos ocupados. Tambien tendrán derecho las empresas á aprovechar el agua, en los puntos que les parezca más conveniente, de los terrenos á los cuales aquélla fuere inherente y que hubieren pasado á su dominio, y, finalmente, á falta de los medios anteriores se les concede la facultad de expropiar con arreglo á la ley de enajenacion forzosa el agua de dominio particular que no esté destinada á los usos domésticos.

§ IV

Del aprovechamiento de las aguas públicas para riego.

Artículo 645.—Los dueños de predios contiguos á vías públicas podrán recoger las aguas pluviales que por ellas discurran, y aprovecharlas en el riego de sus predios, con sujecion á lo que dispongan las ordenanzas de conservacion y policía de las mismas vías.

ORÍGENES

Art. 176 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 646.—Los dueños de predios lindantes con cauces públicos de caudal no continuo, como ramblas, rieras, barrancos ú otros semejantes de dominio público, pueden aprovechar en su regadío las aguas pluviales que por ellas discurran, y construir al efecto, sin necesidad de autorizacion, malecones de tierra y piedra suelta ó presas móviles ó automóviles.

ORÍGENES

Art. 177 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 647.—Cuando estos malecones ó presas puedan producir inundaciones, ó causar cualquier otro perjuício al público, el alcalde, de oficio ó por instancia de parte, comprobado el peligro, mandará al que los construyó que los modifique en cuanto sea necesario para desvanecer todo temor, ó si fuese preciso, que los destruya. Si amenazaran causar perjuício á los particulares, podrán éstos reclamar á tiempo ante la au-

toridad local; y si el perjuício se realiza, tendrán expedito su derecho ante los tribunales de justicia.

ORÍGENES

Art. 178 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Si no existió la perturbacion base del interdicto, sinó que el dueño de la finca superior hizo dentro de ella ciertas obras que le parecieron adecuadas para utilizar, sin invasion alguna, las aguas que el recurrente no poseía, miéntras no hubiera sobrantes que entraran en su heredad; al condenar en costas al demandante en el interdicto, no se infringen por la Sala sentenciadora las leyes 2.ª, tít. I, lib. VIII del Fuero Juzgo; 4.ª, tít. IV, lib. IV del Fuero Real; 10, tít. X, Partida 7.ª, ni los arts. 724 y 726 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 5 Abril 1877).

Artículo 648.—Los que durante veinte años hubiesen aprovechado para el riego de sus tierras las aguas pluviales que descienden por una rambla ó barranco ú otro cauce semejante de dominio público, podrán oponerse á que los dueños de predios superiores les priven de este aprovechamiento. Pero si solamente hubiesen aprovechado parte del agua, no podrán impedir que otros utilicen la restante, siempre que quede expedito el curso de la cantidad que de antiguo aprovechaban ellos.

ORÍGENES

Art. 179 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Al sancionar una sentencia la posesion inmemorial y aprovechamiento exclusivo de ciertas aguas, no infringe la ley 7.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª, porque en el supuesto de que las aguas disputadas procedan del río público ó comunal, y no susceptible de prescripciones ni de entrar en propiedad de nadie, es una verdad jurídica, lo mismo ántes que despues de la ley de 3 de Agosto de 1866, que siempre se ha ganado, ya por tiempo y concesiones antiguas de que no hay memoria, ya por otorgamiento más ó ménos reciente de los gobiernos, el uso ó aplicacion de tales ó cuales aguas de orígen ó carácter público, constituyéndose sobre ellas una especie de derecho real para fomento de los intereses colectivos é individuales de las industrias (Sent. 13 Diciembre 1875).

Si una sentencia deniega á una heredad el derecho de riego, porque siempre fué de secano, y jamas lo ha tenido ni por costumbre ni por posesion, no infringe el derecho consuetudinario (Sent. 19 Diciembre 1877).

Artículo 649.—Lo dispuesto en los artículos que preceden respecto de aguas pluviales, es aplicable á la de manantiales discontinuos que sólo fluyen en épocas de abundancia de lluvias.

ORÍGENES

Art. 180 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 650.—Cuando se intente construir presas ó azudes permanentes de fábrica, á fin de aprovechar en el riego las aguas pluviales ó los manantiales discontinuos que corran por los cauces públicos, será necesaria la autorizacion del gobernador de la provincia, previo expediente.

ORÍGENES

Art. 181 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 651.—Para contruir pantanos destinados á recoger y conservar aguas pluviales ó públicas, se necesita autorizacion del Ministro de Fomento ó del gobernador de la provincia, con arreglo á la ley de Obras públicas y reglamento para su ejecucion.

ORÍGENES

Art. 182 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 652.—Si estas obras fuesen declaradas de utilidad pública podrán ser expropiados, previa la correspondiente indemnizacion, los que tuviesen derecho adquirido á aprovechar en su curso inferior las aguas que hayan de ser detenidas y acopiadas en el pantano, cuando el caudal de éste ú otras circunstancias no consientan sostener aquellos aprovechamientos en las mismas condiciones en que venían existiendo.

Cuando esto pueda verificarse, se respe-

tarán dichos aprovechamientos, indemnizando á los que á ellos tengan derecho por los daños que les ocasione su interrupcion por causa de la ejecucion de las obras del pantano.

ORÍGENES

Art. 183 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 653.—En los ríos navegables, los ribereños podrán en sus respectivas márgenes establecer libremente bombas ó cualquier otro artificio destinado á extraer las aguas necesarias para el riego de sus propiedades limítrofes, siempre que no causen perjuícios á la navegacion. En los demas ríos públicos será necesaria la autorizacion del gobernador de la provincia.

Si en cualquiera de los casos del párrafo anterior hubiera de hacerse la extraccion del agua funcionando el vapor como fuerza motriz, la autorizacion del gobernador recaerá en virtud de expediente instruído, dándose publicidad en el *Boletin Oficial* y audiencia á los interesados.

ORÍGENES

Art. 184 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 654.—Es necesaria autorizacion del Ministro de Fomento para el aprovechamiento de aguas públicas con destino á riegos cuya derivacion ó toma deba verificarse por medio de presas, azudes ú otra obra permanente, construída en los ríos, barrancos, arroyos y cualquiera otra clase de corrientes naturales continuas, siempre que hayan de derivarse más de 100 litros de agua por segundo.

ORÍGENES

Art. 185 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 655.—Si la cantidad de agua que ha de derivarse ó distraerse de su corriente natural no excediese de 100 litros por segundo, hará la concesion el gobernador de la provincia, previo el oportuno expediente, pudiendo el peticionario recurrir en alzada al Ministro de Fomento.

Tambien autorizarán los gobernadores de provincia la reconstruccion de las presas antiguas destinadas á riegos ú otros usos. Cuando las obras que hayan de ejecutarse en las presas sean de conservacion ó nueva reparacion, y no alteren las condiciones del aprovechamiento, podrán llevarse á cabo sin previa autorizacion, pero dando de ello conocimiento al gobernador de la provincia.

ORÍGENES

Art. 186 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

La reconstruccion de presas ha de consistir en la simple reposicion de las que existían, sin alterar la derivacion, y no habiendo mediado entre la reconstruccion y la destruccion tiempo suficiente para crear derechos á favor de tercero (Sent. 20 Marzo 1870).

Artículo 656.—Los gobernadores de provincia no podrán hacer más que una sola concesion en unas mismas obras de toma, de las cuales forma parte la presa.

ORÍGENES

Art. 187 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 657.—Las concesiones de aguas hechas individual ó colectivamente á los propietarios de las tierras para el riego de éstas, serán á perpetuidad. Las que se hicieren á sociedades ó empresas para regar tierras ajenas mediante el cobro de un cánon serán por un plazo que no exceda de 99 años, trascurrido el cual las tierras quedarán libres del pago del cánon, y pasará á la comunidad de regantes el dominio colectivo de las presas, acequias y demas obras exclusivamente precisas para los riegos.

ORÍGENES

Art. 188 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 658.—Al solicitar las concesiones de que tratan los artículos anteriores, se acompañará:

Primero. El proyecto de las obras, compuesto de planos, Memoria explicativa, condiciones y presupuesto de gastos.

Segundo. Si la solicitud fuese individual, justificacion de estar poseyendo el peticionario como dueño las tierras que intente regar.

Tercero. Si fuese colectiva, la conformidad de la mayoría de los propietarios de las tierras regables, computada por la extension superficial que cada uno represente.

Cuarto. Si fuere por sociedad ó empresario, las tarifas del cánon que en frutos ó en dinero deban pagar las tierras que hayan de regarse.

ORÍGENES

Art 189 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 659.—Cuando existan aprovechamientos en uso de un derecho reconocido y valedero, solamente cabrá nueva concesion en el caso de que del aforo de las aguas en años ordinarios resultare sobrante el caudal que se solicite, despues de cubiertos completamente los aprovechamientos existentes.

Hecho el aforo, se tendrá en cuenta, para determinar la cantidad de agua necesaria, la época propia de los riegos, segun terrenos, cultivos y extension regable. En años de escasez no podrán tomar el agua los nuevos concesionarios miéntras no estén cubiertas todas las necesidades de los usuarios antiguos.

ORÍGENES

Art. 190 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Las concesiones de aguas públicas posteriores á la ley de 1866 deben arreglarse á las disposiciones de ésta. Las concesiones anteriores no obstan á otras de las sobrantes segun aforo, conforme al art. 241 de la ley, y teniendo en cuenta el 197 y 252 (Sents. 9 Diciembre 1870 y 20 Marzo 1874).

Artículo 660.—No será necesario el aforo de las aguas estiales para otorgar concesiones de las invernales, primaverales y torrenciales que no estuviesen estacional ó accidentalmente aprovechadas en terrenos inferiores, siempre que la derivacion se establezca á la altura ó nivel conveniente, y se adopten las precauciones necesarias para evitar perjuícios ó abusos.

ORÍGENES

Art. 191 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 661.—Cuando corriendo las aguas públicas de un río, en todo ó en parte, por debajo de la superficie de su suelo, imperceptibles á la vista, se construyan malecones ó se empleen otros medios para elevar su nivel hasta hacerlas aplicables al riego ú otros usos, este resultado se considerará, para los efectos del presente capítulo, como un alumbramiento del agua convertida en utilizable.

Los regantes ó industriales inferiormente situados, que por prescripcion ó por concesion del Ministerio de Fomento, hubiesen adquirido legítimo título al uso y aprovechamiento de aquellas aguas que se trata de hacer reaparecer artificialmente á la superficie, tendrán derecho á reclamar y á oponerse al nuevo alumbramiento superior en cuanto hubiese de ocasionarles perjuício.

ORÍGENES

Art. 192 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 662.—Los molinos y otros establecimientos industriales que resultaren perjudicados por la desviacion de las aguas de un río ó arroyo, concedida con arreglo á lo dispuesto en el presente capítulo, recibirán en todo caso, del concesionario de la nueva obra, la indemnizacion correspondiente. Esta consistirá en el importe del perjuício por convenio entre las partes; mas si no hubiese avenencia, se procederá á la expropiacion por causa de utilidad pública, previo el oportuno expediente.

ORÍGENES

Art. 193 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 663.—Las empresas de canales de riego gozarán:

Primero. De la facultad de abrir canteras, recoger piedra suelta, construir hornos de cal, yeso y ladrillo, y depositar efectos ó

establecer talleres para la elaboracion de materiales en los terrenos contiguos á las obras. Si estos terrenos fueren públicos ó de aprovechamiento comun, usarán las empresas de aquellas facultades con arreglo á sus necesidades; mas si fuesen de propiedad privada, se entenderán previamente con el dueño ó su representante por medio del alcalde, y afianzarán competentemente la indemnizacion de los daños y perjuicios que pudieran irrogar.

Segundo. De la exencion de los derechos que devenguen las traslaciones de dominio, ocurridas en virtud de la ley de expropiacion.

Tercero. De la exencion de toda contribucion á los capitales que se inviertan en sus obras.

Cuarto. En los pueblos en cuyos términos se hiciese la construccion, los dependientes y operarios de la empresa tendrán derecho á las leñas, pastos para los ganados de trasporte empleados en los trabajos, y las demas ventajas que disfruten los vecinos.

Las concesiones, con subvencion del Estado, de la provincia ó del Municipio, serán siempre objeto de pública subasta con arreglo á lo que dispone la ley general de Obras públicas.

ORÍGENES

Art. 194 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 664.—Durante los diez primeros años se computará á los terrenos reducidos á riego la misma renta imponible que tenían asignada en el último amillaramiento en que fueron consideradas como de secano, y con arreglo á ella satisfarán las contribuciones é impuestos.

ORÍGENES

Art. 195 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 665.—Será obligacion de las empresas conservar las obras en buen estado durante el tiempo de la concesion. Si éstas se inutilizaran para el riego, dejarán las tierras de satisfacer el cánon establecido miéntras carezcan del agua estipulada, y el Ministro de Fomento fijará un plazo para la reconstruccion ó reparacion. Trascurrido este plazo sin haber cumplido el concesionario, á no mediar fuerza mayor, en cuyo caso podrá prorogársele, se declarará caducada la concesion.

Las condiciones de la caducidad serán las marcadas en la ley general de Obras públicas para casos análogos, con arreglo á las prescripciones del reglamento.

ORÍGENES

Art. 196 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 666.—Tanto en las concesiones colectivas otorgadas á propietarios, como en las hechas á empresas ó sociedades, todos los terrenos comprendidos en el plano general aprobado de los que puedan recibir riego quedan sujetos, áun cuando sus dueños lo rehusen, al pago del cánon ó pension que se establezca luégo que sea aceptada por la mayoría de los propietarios interesados, computada en la forma que se determina en el número 3.° del art. 658 (189 de la ley).

Las empresas tendrán en este caso derecho de adquirir los terrenos cuyos dueños rehusen el abono del cánon por el valor en secano, con sujecion á las prescripciones de la ley y reglamento de expropiacion forzosa.

Si la empresa no adquiriese las tierras, el propietario que no las riegue estará exento de pagar el cánon.

ORÍGENES

Art. 197 Ley 13 Junio 1878.

Artículo 667.—A las compañías ó empresas que tomen á su cargo la construccion de canales de riego y pantanos, ademas del cánon que han de satisfacer los regantes para el pago de intereses y amortizacion del capital invertido en las obras, se les podrá conceder por vía de auxilio durante un período de cinco á diez años el importe del aumento de contribucion que se ha de imponer á los dueños de las tierras despues de los diez primeros años en que sean regadas. El mismo auxilio se podrá conceder á las asociaciones de propietarios que lleven á

cabo colectivamente la construccion de canales y pantanos para riego de sus propias tierras.

Las concesiones que tengan este auxilio sólo podrán otorgarse mediante una ley, concediéndose las demas en virtud de un Real Decreto, segun lo dispuesto en el artículo 616 (147 de la ley), de acuerdo con lo que previene la general de Obras públicas.

ORÍGENES

Art. 198 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 668.—Se declaran comprendidos en la exencion del impuesto sobre primera traslacion de dominio, la de los terrenos que hayan de regarse conforme á las prescripciones de este capítulo.

ORÍGENES

Art. 199 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 669.—Quedan declaradas de utilidad pública, para los efectos de la ley de expropiacion forzosa, las obras necesarias para el aprovechamiento de aguas públicas en riego, siempre que el volúmen de éstas exceda de 200 litros por segundo.

ORÍGENES

Art. 200 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 670.—Si las diputaciones provinciales, sindicatos, ayuntamientos, compañías nacionales ó extranjeras ó personas particulares, acudiesen al Ministerio de Fomento pidiendo que se estudie el proyecto de un canal ó pantano de riego por el Estado, se accederá á la instancia cuando no lo impida el servicio público y siempre que los solicitantes se comprometan á satisfacer los gastos de dichos estudios, conforme á lo que se prefije en el reglamento.

ORÍGENES

Art. 201 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 671.—Los dueños, sociedades, corporaciones ó sindicatos de canales ó acequias ya existentes en virtud de autorizacion, concesion, cédula ú otro título especial que no hubiesen terminado sus obras á la publicacion de la ley de 13 de Junio de 1879, podrán optar á los beneficios de la misma. Para otorgarlos será precisa una ley, cuyo proyecto presentará á las Córtes el Ministro de Fomento, cuando del expediente, previamente instruído, resulte la conveniencia pública de conceder los expresados beneficios.

ORÍGENES

Art. 202 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 672.—Para el aprovechamiento de las aguas públicas, sobrantes de riegos ó procedentes de filtraciones ó escorrentías, así como para las de dranaje, se observará, donde no hubiese establecido un régimen especial, lo dispuesto en los artículos 560 al 566 (5.° al 11 de la ley) y siguientes sobre aprovechamiento de aguas sobrantes de dominio particular.

ORÍGENES

Art. 203 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 673.—En interes general del mejor aprovechamiento de las aguas, dispondrá el Ministro de Fomento que se proceda al reconocimiento de los ríos existentes, con la mira de alcanzar que ningun regante desperdicie el agua de su dotacion, que pudiera servir á otro necesitado de ella, y con la de evitar que las aguas torrenciales se precipiten improductiva y áun nocivamente en el mar, cuando otras comarcas las deseen y pidan para el riego y aprovechamientos estacionales, sin menoscabo de derechos adquiridos.

ORÍGENES

Art. 204 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

La agricultura, uno de los ramos principales de la riqueza en nuestra patria, debia llamar poderosamente la atencion del legislador de 1866 para poner fin al mal estado de nuestra antigua legislacion en materia de riegos, limitada á una ley de Partida que declaraba comun á todos y del primer ocupante el agua de

lluvia, sin otra fuente legal que las costumbres locales y una jurisprudencia no siempre uniforme en sus fallos.

La Real Orden de 5 de Abril de 1834, al declarar que, «ningun particular ni corporacion pudiese distraer en su orígen ni en su curso las aguas de manantiales ó ríos que, desde tiempos antiguos regasen otros terrenos más bajos, los cuales no podrían ser despojados del beneficio adquirido en favor de otros que, por el hecho de no haberle aprovechado ántes, consagraron el derecho de los que le aprovecharon»; consagró un principio de justicia que había de ser aplicado por el legislador á las aguas pluviales.

No existe, en realidad, diferencia entre estas aguas y las de manantiales, cuando unas y otras corren por sus cauces naturales para negar que las primeras sean tan susceptibles de posesion como las segundas; por lo cual la ley declara comun el aprovechamiento para el riego de las aguas pluviales que corren por los caminos y por las ramblas y barrancos, sin necesidad de previa autorizacion, y consagra el derecho de los que, durante el tiempo exigido por la ley civil para la prescripcion de las servidumbres discontinuas, hubieren disfrutado de aquel aprovechamiento, acomodándose de este modo á la jurisprudencia que más comunmente ha prevalecido en nuestros tribunales.

Las concesiones hechas mediante el pago de un cánon ó pension tienen plazo marcado, porque repugnan esos pagos cuando perdida por el trascurso del tiempo la memoria y áun la tradicion de su orígen, el interes incita á mirarlas como odiosas gabelas. En cambio, las empresas tienen la ventaja de que, aceptado por la mayoría de los propietarios de terrenos comprendidos en el plano general de los que deban recibir riego, el pago del cánon ó pension que se establezca, es desde ese momento obligatorio para todos. Fúndase esto en un principio de notoria equidad y conveniencia pública, ya que no de rigurosa justicia. Para que puedan emprenderse grandes obras de riego por el aliciente de una regular utilidad para los capitales en ellas invertidos, es necesario que aquél se extienda á todos los terrenos comprendidos en la zona ó plano general. En la alternativa, pues, de que hayan de recibir el riego todos ó ninguno, no es equitativo ni conveniente que la obstinacion caprichosa de unos pocos prevalezca sobre la conveniencia de la mayoría.

Estos principios, que sirvieron de base á la ley de 1866 para establecer cómo debían hacerse las concesiones de aprovechamientos de las aguas para riegos, son los que se han tenido en cuenta tambien en la ley hoy vigente de 1879. Basta leer sus artículos para conocer perfectamente la materia sin necesidad de más explicacion.

§ V

Del aprovechamiento de las aguas públicas para canales de navegacion.

Artículo 674.—La autorizacion á sociedad ó empresa particular para canalizar un rio con objeto de hacerle navegable, ó para construir un canal de navegacion, se otorgará siempre por una ley, en la que se determinará si la obra ha de ser auxiliada con fondos del Estado, y se establecerán las demás condiciones de la concesion.

ORÍGENES

Art. 205 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 675.—La duracion de estas concesiones no podrá exceder de 99 años, pasados los cuales entrará el Estado en el libre y completo disfrute de las obras y del material de explotacion, con arreglo á las condiciones establecidas en la concesion.

Exceptúanse, segun la regla general, los saltos de agua utilizados y los edificios construídos para establecimientos industriales, que quedarán de propiedad y libre disposicion de los concesionarios.

ORÍGENES

Art. 206 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 676.—Pasados los diez primeros

años de hallarse en explotacion un canal, y en lo sucesivo de diez en diez años, se procederá á la revision de las tarifas.

ORÍGENES

Art. 207 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 677.—Las empresas podrán en cualquier tiempo reducir los precios de las tarifas, poniéndolo en conocimiento del Gobierno. En este caso, lo mismo que en los del artículo anterior, se anunciarán al público, con tres meses al ménos de anticipacion, las alteraciones que se hicieren.

ORÍGENES

Art. 208 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 678.—Será obligacion de los concesionarios conservar en buen estado las obras, así como el servicio de explotacion, si estuviese á su cargo.

Cuando por faltar al cumplimiento de este deber se imposibilitase la navegacion, el Gobierno fijará un plazo para reparacion de las obras ó reposicion del material; y trascurrido que sea sin haberse conseguido el objeto, declarará caducada la concesion y anunciará nueva subasta, que tendrá lugar en los términos prescritos para los canales de riego en el art. 665 (196 de la ley).

ORÍGENES

Art. 209 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

Despues de los riegos, en el órden de aprovechamientos especiales, siguen los canales de navegacion, y en este punto los artículos de la ley quedan reducidos á prescribir que la autorizacion á sociedades ó empresas para canalizar un río ó para construir un canal, se otorguen por ley que determine las condiciones de la concesion; que ésta no exceda del término de 99 años, y que las empresas disfruten de los beneficios concedidos á las de riegos.

§ VI

Del aprovechamiento de las aguas públicas para barcas de paso, puentes y establecimientos industriales.

Artículo 679.—En los ríos no navegables ni flotables los dueños de ambas márgenes podrán establecer barcas de paso, previa autorizacion del alcalde, ó puentes de madera, destinados al servicio público, previa autorizacion del gobernador de la provincia, quien fijará su emplazamiento, las tarifas y las demas condiciones necesarias para que su construccion y servicio ofrezcan á los transeuntes la debida seguridad.

ORÍGENES

Art. 210 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 680.—El que quiera establecer en los ríos meramente flotables barcas de paso ó puentes para poner en comunicacion pública caminos rurales, ó barcas de paso en caminos vecinales que carezcan de puentes, solicitará la autorizacion del gobernador de la provincia, expresando el punto en que intente colocarlos, sus dimensiones y sistema y acompañando las tarifas de pasaje y servicio. El gobernador concederá la autorizacion en los términos prescritos en el artículo anterior, cuidando ademas que no se embarace el servicio de flotacion. La concesion de puentes que enlacen trozos de caminos vecinales en los ríos meramente flotables se hará con sujecion á la ley de Carreteras de 4 de Mayo de 1877.

ORÍGENES

Art. 211 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 681.—Respecto de los ríos navegables, sólo el Ministro de Fomento podrá conceder autorizacion para establecer bar-

cas de paso ó puentes flotantes para uso público. Al otorgar la concesion se fijarán las tarifas de pasaje, y las demas condiciones requeridas para el servicio de la navegacion y flotacion, así como para la seguridad de los transeuntes.

ORÍGENES

Art. 212 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 682.—Las concesiones á que se refieren los artículos anteriores sólo dan derecho á indemnizacion del valor de la obra, cuando el Gobierno necesite hacer uso de ella en beneficio del interes general.

ORÍGENES

Art. 213 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 683. — Dichas concesiones no obstarán para que el Ministro de Fomento pueda disponer el establecimiento de barcas de paso y puentes flotantes ó fijos, siempre que lo considere conveniente para el servicio público.

Cuando este nuevo medio de tránsito dificulte ó imposibilite materialmente el uso de una barca ó puente de propiedad particular, se indemnizará al dueño del valor de la obra, á no ser que la propiedad esté fundada en títulos de derecho civil, en cuyo caso se le aplicará la ley de expropiacion forzosa por causa de utilidad pública.

ORÍGENES

Art. 214 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 684.—En ríos no navegables ni flotables, el dueño de ambas márgenes puede establecer libremente cualquier artificio, máquina é industria que no ocasione la desviacion de las aguas de su curso natural. Siendo solamente dueño de una márgen, no podrá pasar del medio del cauce. En uno y otro caso deberá plantear su establecimiento sin entorpecer el libre curso de las aguas, ni perjudicar á los predios limítrofes, regadíos é industrias establecidas, inclusa la de la pesca.

ORÍGENES

Art. 215 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 685.—La autorizacion para establecer en los ríos navegables ó flotables cualesquiera aparatos ó mecanismos flotantes, hayan ó no de trasmitir el movimiento á otros fijos en tierra, se concederá por el gobernador de la provincia, previa la instruccion del expediente, en que se oiga á los dueños de ambas márgenes y á los de establecimientos industriales inmediatamente inferiores, acreditándose ademas las circunstancias siguientes:

Primera. Ser el solicitante dueño de la márgen donde deban amarrarse los barcos, ó haber obtenido permiso de quien lo sea.

Segunda. No ofrecer obstáculo á la navegacion ó flotacion.

ORÍGENES

Art. 216 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 686.—En las concesiones de que habla el artículo anterior se entenderá siempre:

Primero. Que si la alteracion de las corrientes ocasionada por los establecimientos flotantes produjese daño á los ribereños, será de cuenta del concesionario la subsanacion.

Segundo. Si por cualquiera causa relativa al río ó á la navegacion ó flotacion resultase indispensable la desaparicion del establecimiento flotante, podrá anularse la concesion, sin derecho del concesionario á indemnizacion alguna. Pero en el expediente que se instruya deberá ser oida la Junta consultiva de Caminos, Canales y Puertos, para la declaracion de que se está en el caso á que este párrafo se refiere.

Tercero. Si por cualquier otra causa de utilidad pública hubiese necesidad de suprimir algun mecanismo de esta clase, serán indemnizados sus dueños con arreglo á la ley de expropiacion, con tal que hayan sido establecidos legalmente y estuviesen en uso constante. Se entenderá que no están en uso constante, cuando hubiesen trascurrido dos años contínuos sin tenerle.

ORÍGENES

Art. 217 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 687.—Tanto en los ríos navegables ó flotables como en los que no lo sean, compete al gobernador de la provincia conceder la autorizacion para el establecimiento de molinos ú otros artefactos industriales en edificios situados cerca de las orillas, á los cuales se conduzca por cacera el agua necesaria y que despues se reincorpore á la corriente del río. En ningun caso se concederá esta autorizacion perjudicándose á la navegacion ó flotacion de los ríos y establecimientos industriales existentes.

Para obtener la autorizacion á que se refiere este artículo es requisito indispensable de quien lo solicite, ser dueño del terreno donde pretenda construir el edificio para el artefacto, ó estar autorizado para ello de quien lo sea.

ORÍGENES

Art. 218 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Sent. 23 Diciembre 1871.
Sent. 5 Julio 1874.

Artículo 688.—Cuando un establecimien- industrial comunique á las aguas sustancias y propiedades nocivas á la salubridad ó á la vegetacion, el gobernador de la provincia dispondrá que se haga un reconocimiento facultativo, y si resultare cierto el perjuicio, mandará que se suspenda el trabajo industrial hasta que sus dueños adopten el oportuno remedio. Los derechos y gastos del reconocimiento serán satisfechos por el que hubiere dado la queja, si resultare infundada, y en otro caso por el dueño del establecimiento.

Cuando el dueño ó dueños, en el término de seis meses, no hubiesen adoptado el oportuno remedio, se entenderá que renuncian á continuar en la explotacion de su industria.

ORÍGENES

Art. 219 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 689.—Las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas para establecimientos industriales se otorgarán á perpetuidad, y á condicion de que si en cualquier tiempo las aguas adquiriesen propiedades nocivas á la salubridad ó vegetacion por causa de la industria para que fueron concedidas, se declarará la caducidad de la concesion, sin derecho á indemnizacion alguna.

ORÍGENES

Art. 220 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 690. —Los que aprovechen el agua como fuerza motriz en mencanismos ó establecimientos industriales situados dentro de los ríos ó en sus riberas ó márgenes, estarán exentos del pago de contribucion durante los diez primeros años.

ORÍGENES

Art. 221 Ley 13 Junio 1879.

§ VII

Del aprovechamiento de las aguas públicas para viveros y criaderos de peces.

Artículo 691.—Los gobernadores de provincia podrán conceder aprovechamientos de aguas públicas para formar lagos, remansos ó estanques, destinados á viveros ó criaderos de peces, siempre que no se cause perjuício á la salubridad ó á otros aprovechamientos inferiores con derechos adquiridos anteriormente.

ORÍGENES

Art. 222 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 692.—Para la industria de que habla el artículo anterior, el peticionario presentará el proyecto completo de las obras y el título que acredite ser dueño del terreno donde hayan de construirse, ó haber obtenido el consentimiento de quien lo fuere. El gobernador de la provincia instruirá al efecto el oportuno expediente.

ORÍGENES

Art. 223 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 693. — Los concesionarios de aguas públicas para riegos, navegacion ó establecimientos industriales, podrán, previo expediente, formar en sus canales ó en los terrenos contiguos que hubiesen adquirido, remansos ó estanques para viveros de peces.

ORÍGENES

Art. 224 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 694.—Las autorizaciones para viveros de peces se darán á perpetuidad.

ORÍGENES

Art. 225 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

En estas dos últimas secciones, trata la ley de los aprovechamientos especiales de aguas públicas para establecer barcas de paso, puentes flotantes ó artefactos, y viveros ó criaderos de peces. El Ministro de Fomento en los ríos navegables, y el gobernador en los demas, son los encargados de conceder el establecimiento de barcas, puentes y artefactos; mas si se trata de ríos no navegables ni flotables, donde la construccion de dichos artefactos ningun perjuicio puede causar al público, no necesita el dueño de ambas márgenes autorizacion para establecerlos, siempre que con esas obras no se desvien las aguas.

No es menester que repitamos lo que en la ley se halla consignado respecto á esta clase de aprovechamientos, y únicamente añadiremos que por órden de 19 de Diciembre de 1870 se dispuso:

«1.° Que los gobernadores de las provincias, ántes de hacer las declaraciones de concesion de que tratan los arts. 264 y 266 de la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866 (221 y 218 de la ley de 1879) pasen los expedientes originales, instruídos con dicho objeto, al administrador económico de la provincia, para que proponga en su vista lo que proceda relativamente á la exencion del impuesto industrial que determina el art. 270 (221 de la ley de 1879).

»2.° Que una vez cumplido este trámite, los gobernadores acuerden la declaracion de exencion ó lo que corresponda, comunicando á la Administracion y á los interesados la resolucion recaida.

»3.° Que estas resoluciones causen estado en las matrículas de la contribucion industrial; pero que son apelables ante el Ministerio de Hacienda dentro de treinta días, tanto por parte de la Administracion, como por la de los interesados, á cuyo fin se hará por escrito la notificacion consiguiente».

Por último, no ha sido olvidada por la ley de Aguas la piscicultura, que de pocos años á esta parte ha tomado tanto incremento, y por esto faculta á los gobernadores para que puedan conceder aprovechamientos de aguas, en las cuales por medio de la formacion de lagos, remansos ó estanques se establezcan viveros ó criaderos de peces.

SECCION SEXTA

DE LA POLICÍA DE LAS AGUAS

Artículo 695.—La policía de las aguas públicas y sus cauces naturales, riberas y zonas de servidumbre, estará á cargo de la Administracion y la ejercerá el Ministro de Fomento, dictando las disposiciones necesarias para el buen órden en el uso y aprovechamiento de aquellas.

ORÍGENES

Art. 226 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 696.—Respecto á las de dominio privado, la administracion se limitará á ejercer sobre ellas la vigilancia necesaria, para que no puedan afectar á la salubridad pública ni á la seguridad de las personas y bienes.

ORÍGENES

Art. 227 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

Es de razon natural que si las aguas tienen la cualidad de públicas, á nadie más que á la Administracion y al Gobierno corresponde todo lo que se relaciona con su buen régimen y policía, así como en las privadas la salubridad pública y la seguridad de las personas é intereses son cosas que no puede ménos de tenerse en cuenta por dicha Administracion, para ejercer la vigilancia necesaria á fin de impedir los funestos resultados que pudieran acarrear los desórdenes y abusos en los aprovechamientos de aguas.

SECCION SÉTIMA

DE LA COMUNIDAD DE REGANTES Y SUS SINDICATOS Y DE LOS JURADOS DE RIEGO

§ I

De la comunidad de regantes y sus sindicatos.

Artículo 697.—En los aprovechamientos colectivos de aguas públicas para riegos, se formará necesariamente una comunidad de regantes, sujeta al régimen de sus ordenanzas:

1.° Cuando el número de aquéllos llegue á 20, y no baje de 200 el de hectáreas regables.

2.° Cuando á juício del gobernador de la provincia lo exigiesen los intereses locales de la agricultura.

Fuera de estos casos, quedará á voluntad de la mayoría de los regantes la formacion de la comunidad.

ORÍGENES

Art. 228 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 698.—No están obligados á formar parte de la comunidad, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, y podrán separarse de ella y constituir otra nueva en su caso, los regantes cuyas heredades to-

men el agua ántes ó despues que los de la comunidad, y formen por sí solos un coto ó pago sin solucion de continuidad.

ORÍGENES

Art. 229 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 699.—Toda comunidad tendrá un sindicato elegido por ella y encargado de la ejecucion de las Ordenanzas y de los acuerdos de la misma comunidad.

ORÍGENES

Art. 230 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 700.—Las comunidades de regantes formarán las Ordenanzas de riego, con arreglo á las bases establecidas en esta ley, sometiéndolas á la aprobacion del Gobierno, quien no podrá negarla ni introducir variaciones sin oir sobre ello al Consejo de Estado.

Las aguas públicas destinadas á aprovechamientos colectivos que hasta ahora hayan tenido un régimen especial consignado en sus Ordenanzas, continuarán sujetas al mismo miéntras la mayoría de los interesados no acuerde modificarlo, con sujecion á lo prescrito en la presente ley, sin perjuício del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 659 (190 de la ley).

ORÍGENES

Art. 231 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Sent. 1.° Febrero 1871.

Artículo 701.—El número de los individuos del sindicato y su eleccion por la comunidad de regantes se determinará en sus Ordenanzas, atendida la extension de los riegos, segun las acequias que requieran especial cuidado y los pueblos interesados en cada comunidad.

En las mismas Ordenanzas se fijarán las condiciones de los electores y elegibles, y se establecerá el tiempo y forma de la eleccion, así como la duracion de los cargos, que siempre serán gratuitos, y no podrán rehusarse sinó en caso de reeleccion.

ORÍGENES

Art. 232 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 702.—Todos los gastos hechos por una comunidad para la construccion de presas y acequias, ó para su reparacion, conservacion ó limpia, serán sufragados por los regantes en equitativa proporcion.

Los nuevos regantes que no hubiesen contribuído al pago de las presas ó acequias construídas por una comunidad, sufrirán en beneficio de ésta un recargo, concertado en términos razonables.

Cuando uno ó más regantes de una comunidad obtuvieren el competente permiso para hacer de su cuenta obras en la presa ó acequias, con el fin de aumentar el caudal de las aguas, habiéndose negado á contribuir los demas regantes, éstos no tendrán derecho á mayor cantidad de agua que la que anteriormente disfrutaban. El aumento obtenido será de libre disposicion de los que hubiesen costeado las obras, y en su consecuencia se arreglarán los turnos de riego, para que sean respetados los derechos adquiridos.

Si alguna persona pretendiese conducir aguas á cualquier localidad aprovechándose de las presas ó acequias de una comunidad de regantes, se entenderá y ajustará con ella, lo mismo que lo haría un particular.

ORÍGENES

Art. 233 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Si resulta en un pleito que el demandante reclama el cumplimiento de la obligacion que contrajo un sindicato de riegos, y en su virtud, que le pague el valor de las acequias, canales de navegacion, caminos y puentes que aquél había construído á sus expensas y para su uso propio, y de que el sindicato se había apoderado y venía utilizando con destino á los desagües y saneamiento de unos terrenos; y la sentencia recurrida, no obstante reconocer como un hecho probado que el sindicato se apoderó para utilidad de sus asociados de las obras construi-

das por el demandante, y al paso que reconoce y declara la obligacion del sindicato y sus representantes de satisfacer al demandante todos los trabajos concernientes á desagües, caminos, puentes y acequias de riego para uso general de desagüe ó navegacion, subordina esta obligacion á la previa declaracion de utilidad que ha de hacer el demandado, dejando, por consiguiente, al arbitrio de una de las partes su cumplimiento y sin resolver uno de los puntos del litigio, en tal concepto infringe la ley 2.ª, título XXII, Partida 3.ª, y el art. 61 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 25 Octubre 1878).

La condicion bajo la cual autorizó un Ayuntamiento al demandante para la construccion de una acequia y poderla utilizar los terratenientes para el desagüe y acarreo de sus granos, constituye una verdadera servidumbre que limita la propiedad de dicha acequia, pero no la extingue; y por tanto, al no estimarla comprendida entre las obras que deben abonarse al demandante, la sentencia infringe el acuerdo, ley del contrato de dicho sindicato, mediante el cual deben serlo todas las que pertenezcan á particulares, en cuyo caso se encuentra aquélla (Sent. id. id. id.).

Ni el acuerdo del sindicato de abonar al demandante todos los gastos de los trabajos hechos y que fuese necesario hacer en ciertos terrenos, de donde nace la accion personal que ejercitó el demandante, es un contrato de compra-venta, ni se ha fijado aún en forma legal el valor de las obras, cuyo pago solicitó aquél en virtud de lo resuelto en dicho acuerdo, y son por ello inaplicables al caso las leyes 28, tít. V, Partida 5.ª y 13, párr. 20 *De actionibus empti et venditi* del Digesto (Sent. id. id. id.).

Artículo 703.—En los regadíos hoy existentes y regidos por reglas, ya escritas, ya consuetudinarias, de una comunidad de regantes, ninguno será perjudicado ni menoscabado en el disfrute del agua de su dotacion y uso, por la introduccion de cualquier novedad en la cantidad, aprovechamiento ó distribucion de las aguas en el término regable. Pero tampoco tendrá derecho á ningun aumento si se acrecentase el caudal por esfuerzos de la comunidad de los mismos regantes ó de alguno de ellos, á ménos que él hubiese contribuído á sufragar proporcionalmente los gastos.

ORÍGENES

Art. 234 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 704.—Para aprovechar en el movimiento de mecanismos fijos la fuerza motriz de las aguas que discurren por un canal ó acequia propia de una comunidad de regantes, será necesario el permiso de éstos. Al efecto se reunirán en junta general y decidirá la mayoría de los asistentes, computados los votos por la propiedad que cada uno represente. De su negativa cabrá recurso ante el gobernador de la provincia, quien, oyendo á los regantes, al ingeniero jefe de Caminos, Canales y Puertos de la provincia, á la Junta provincial de Agricultura, Industria y Comercio y á la Comision permanente de la Diputacion provincial, podrá conceder el aprovechamiento, siempre que no cause perjuício al riego ni á otras industrias, á no ser que la comision de regantes quiera aprovechar por sí misma la fuerza motriz, en cuyo caso tendrá la preferencia, debiendo dar principio á las obras dentro del plazo de un año.

ORÍGENES

Art. 235 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 705.—En los sindicatos habrá precisamente un vocal que represente las fincas que por su situacion ó por el órden establecido sean las últimas en recibir el riego; y cuando las comunidades se compongan de varias colectividades, ora agrícolas, ora fabriles, directamente interesadas en la buena administracion de sus aguas, tendrán todas en el sindicato su correspondiente representacion, proporcionada al derecho que respectivamente les asista al uso y aprovechamiento de las mismas aguas. Del propio modo, cuando el aprovechamiento se haya concedido á una empresa particular, el concesionario será vocal nato del sindicato.

ORÍGENES

Art. 236 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 706.—El reglamento para el sin-

dicato lo formará la comunidad. Serán atribuciones del sindicato:

Primera. Vigilar los intereses de la comunidad, promover su desarrollo y defender sus derechos.

Segunda. Dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribucion de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales.

Tercera. Nombrar y separar sus empleados en la forma que establezca el reglamento.

Cuarta. Formar los presupuestos y repartos y censurar las cuentas, sometiendo unos y otras á la aprobacion de la junta general de la comunidad.

Quinta. Proponer á las juntas las ordenanzas y el reglamento, ó cualquiera alteracion que considerase útil introducir en lo existente.

Sexta. Establecer los turnos rigurosos de agua, conciliando los intereses de los diversos cultivos entre los regantes y cuidando de que en los años de escasez se distribuya del modo más conveniente para los propios intereses.

Séptima. Todas las que le concedan las Ordenanzas de la comunidad ó el reglamento especial del mismo sindicato.

Las resoluciones que adopten los sindicatos de riego dentro de sus ordenanzas, cuando procedan como delegados de la Administracion, serán reclamables ante los Ayuntamientos ó ante los gobernadores de provincia, segun los casos.

ORÍGENES

Art. 237 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 707.—Cada sindicato elegirá de entre sus vocales un presidente y vicepresidente, con las atribuciones que establezcan las Ordenanzas y el reglamento.

ORÍGENES

Art. 238 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 708.—Las comunidades de regantes celebrarán juntas generales ordinarias, en las épocas señaladas en las Ordenanzas de riego, y extraordinarias en los casos que las mismas determinen. Estas Ordenanzas fijarán las condiciones requeridas para tomar parte en las deliberaciones, y el modo de computar los votos en proporcion á la propiedad que representan los interesados.

ORÍGENES

Art. 239 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 709.—Las juntas generales, á las cuales tendrán derecho de asistencia todos los regantes de la comunidad y los industriales interesados, resolverán sobre los asuntos árduos de interes comun, que los sindicatos y algunos de los concurrentes sometan á su decision.

ORÍGENES

Art. 240 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 710.—Cuando en el curso de un río existan varias comunidades y sindicatos, podrán formarse por convenio mutuo uno ó más sindicatos centrales ó comunes, para la defensa de los derechos y conservacion y fomento de los intereses de todos. Se compondrá de representantes de las comunidades interesadas.

Podrá tambien formarse por disposicion del Ministro de Fomento, y á propuesta del gobernador de la provincia, siempre que lo exigan los intereses de la agricultura.

El número de los representantes que haya de nombrarse, será proporcional á la extension de los terrenos regables comprendidos en las demarcaciones respectivas.

ORÍGENES

Art. 241 Ley 13 Junio 1879.

§ II

De los jurados del riego.

Artículo 711.—Ademas del sindicato, habrá en toda comunidad de regantes uno ó más jurados, segun lo exija la extension de los riegos.

ORÍGENES

Art. 242 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 712.—Cada jurado se compondrá de un presidente, que será un vocal del sindicato, designado por éste, y del número de jurados, tanto propietarios como suplentes, que fije el reglamento del sindicato, nombrados todos por la comunidad.

ORÍGENES

Art. 243 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 713.—Corresponde al jurado:

Primero. Conocer de las cuestiones de hecho que se susciten sobre el riego entre los interesados en él.

Segundo. Imponer á los infractores de las Ordenanzas de riego las correcciones á que haya lugar con arreglo á las mismas.

ORÍGENES

Art. 244 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 714.—Los procedimientos del jurado serán públicos y verbales, en la forma que determine el reglamento. Sus fallos, que serán ejecutivos, se consignarán en un libro, con expresion del hecho y de la disposicion de las Ordenanzas en que se funden.

ORÍGENES

Art. 245 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 715.—Las penas que establezcan las Ordenanzas de riego por infracciones ó abusos en el aprovechamiento de sus aguas, obstruccion de las acequias ó de sus boqueras y otros excesos, serán pecuniarias y se aplicarán al perjudicado y á los fondos de la comunidad, en la forma y proporcion que las mismas Ordenanzas establezcan.

Si el hecho constituyese delito, podrá ser denunciado por el regante ó industrial perjudicado y por el sindicato.

ORÍGENES

Art. 246 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Apreciado por la Sala sentenciadora que el demandante no ha justificado la propiedad y posesion de ciertas aguas cuya declaracion de pertenencia ha solicitado, al absolver de la demanda al demandado no infringe el art. 293 de la ley de 3 de Agosto de 1866 (246 de la ley vigente) (Sent. 31 Enero 1876).

Artículo 716.—Donde existan de antiguo jurados de riego, continuarán con su actual organizacion, miéntras las respectivas comunidades no acuerden proponer su reforma al Ministro de Fomento.

ORÍGENES

Art. 247 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

Los aprovechamientos colectivos de aguas públicas exigen una administracion comun, por la misma comunidad de intereses que aquéllos crean; por esto desde la más remota antigüedad se ha encomendado á juntas elegidas por los mismos interesados, que con el nombre de sindicatos han cuidado de regularizar y administrar todo lo que á dichos aprovechamientos era concerniente conforme á Ordenanzas especiales, y era natural que la ley de Aguas, encargada de fijar los derechos acerca de las mismas, estableciendo los modos más adecuados y convenientes

de aprovecharlas, fijara tambien su atencion en esta materia, decretando el nombramiento y atribuciones de los sindicatos de riegos.

Pero hay más, pues todavía al cabo de éstos se hallan los jurados de riego encargados de conocer en las cuestiones de hecho que se susciten sobre el riego entre los interesados en él, é imponer á los infractores de las Ordenanzas las correcciones á que haya lugar con arreglo á las mismas.

Decíase en la exposicion de motivos de la ley de Aguas de 1866: «el llamado tribunal de aguas de Valencia, tan encomiado de propios y extraños, y cuya organizacion y atribuciones datan del tiempo de la dominacion de los sarracenos, no es propiamente un jurado encargado de aplicar en un procedimiento sumarísimo y verbal las multas impuestas en las Ordenanzas por infracciones cometidas en el riego. Aunque la Comision no cree que sus ventajas sean de tal importancia y magnitud cual algunos han ponderado; puesto que no resuelve las cuestiones de derecho que son las más árduas y costosas, ni áun las de mera posesion, con todo, reconoce que las tiene y que ofrece un ejemplo digno de ser imitado, estableciendo en todas las comunidades de regantes sujetas al régimen de un sindicato, uno ó más jurados de riego segun lo exija su extension». Por esto, á imitacion de los primeros, han sido establecidos los segundos por la ley de 1879.

Posteriormente se ha publicado la Real Orden de 12 de Noviembre de 1879 que, desestimando el recurso de alzada interpuesto por varios regantes contra la providencia del gobernador de Valencia dictada en 6 de Noviembre de 1878, por la que no admitió las apelaciones de dichos regantes contra varios fallos del jurado de riegos de Alberique, dispone que, «en el lenguaje jurídico lo mismo que en su acepcion etimológica, la palabra ejecutorio significa que el fallo ó la sentencia, que así se llaman, son firmes é irrevocables como pasados en autoridad de cosa juzgada, y que por lo tanto han de llevarse á cumplido efecto sin que contra ellos proceda recurso alguno. Lo contrario sucede con los fallos llamados definitivos, los cuales si bien resuelven sobre el negocio principal, no adquieren el carácter de firmes é irrevocables miéntras no se hayan convertido expresa ó tácitamente por las partes, ó no se hayan agotado los recursos que contra ellos procedan segun los casos. Al calificar, pues, la ley de ejecutorios los fallos de los jurados de riegos, excluyó en absoluto la admision de cualquiera recurso contra los mismos, no cabiendo, por lo tanto, hacer la distincion que hacen los apelantes, la junta consultiva del ramo y el negociado del Ministerio de Fomento entre fallos injustos y fallos ilegales, suponiendo que los primeros son inapelables y apelables los segundos, pues todos son inapelables, sin que á esto se oponga, como equivocadamente cree dicho negociado, la adicion que propuso el Consejo al art. 238 de proyecto de la nueva ley de Aguas y que fué aceptada incluyéndola en el art. 237, porque dicha adicion se refiere únicamente á los acuerdos de los sindicatos, pero no á los fallos de los jurados de riegos.

»Y la razon de haber calificado dicha ley de ejecutorios los fallos de los referidos jurados, consiste en que éstos son tribunales de carácter verdaderamente arbitral; que su jurisdiccion versa exclusivamente sobre la policía de las aguas y sobre cuestiones de hecho, por lo comun de escasa entidad é importancia, y corrigen trasgresiones que sólo merecen una leve correccion; conviniendo por lo tanto que se resuelvan con brevedad sin dar lugar á nuevas instancias, que en vez de ser una garantía para los interesados, les despojarían de las que les ofrecen los conocimientos prácticos de la materia, y de los usos y costumbres de la localidad que poseen los individuos que compongan los jurados, pertenecientes todos á la comunidad de regantes y elegidos libremente por éstos».

SECCION OCTAVA

DE LAS ATRIBUCIONES DE LA ADMINISTRACION

Artículo 717.—Corresponde al Ministro de Fomento, como encargado de la ejecucion y aplicacion de lo dispuesto en la presente ley:

Primero. Dictar los reglamentos é instrucciones necesarias al efecto.

Segundo. Conceder por sí, ó por medio de las autoridades que del mismo dependan, los aprovechamientos que son objeto de la presente ley, siempre que por disposicion expresa de ésta no corresponda su concesion á otras autoridades ó al poder legislativo.

Tercero. Resolver definitivamente todas las cuestiones que se susciten en la aplicacion de la presente ley, cuando no causen estado las decisiones de sus delegados, y salvo los recursos á que haya lugar con arreglo á la misma.

Cuarto. Acordar y ejecutar la demarcacion, apeo y deslinde de cuanto pertenece al dominio público en virtud de las prescripciones de esta ley, sin perjuício de la competencia de los tribunales respecto á las cuestiones de propiedad y posesion.

ORÍGENES

Art. 248 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 718.—Los proyectos para cuya aprobacion se faculta á los gobernadores, y las concesiones que les corresponde otorgar, serán despachados en el término de seis meses. De no ser así, los peticionarios podrán acudir al Ministro de Fomento, que dictará la resolucion que proceda ántes de los cuatro meses de presentada la reclamacion.

ORÍGENES

Art. 249 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 719.—Para el otorgamiento de los aprovechamientos que son objeto de la presente ley, es requisito indispensable, ademas de lo que en cada caso prescriba el reglamento, la audiencia de la persona á cuyos derechos puede afectar la concesion si fuere conocida, ó la publicidad del proyecto y de las resoluciones que acerca de él dicte la Administracion, cuando aquélla fuere desconocida, ó la concesion afecte á intereses colectivos que no constituyan personalidad jurídica ó carezcan de representacion legal.

ORÍGENES

Art. 250 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 720.—Las providencias dictadas por la Administracion municipal en materia de aguas causarán estado si no se reclama contra ellas ante el gobernador en el plazo de quince días.

Las que dicten los gobernadores producirán el mismo efecto, si no se recurre contra ellas por la vía administrativa ante el Ministerio de Fomento, ó por la contenciosa, cuando proceda, ante las Comisiones provinciales, como tribunales contencioso-administrativos. En uno y otro caso el recurso deberá interponerse en el término de un mes, contado desde la fecha de la notificacion administrativa, que se hará en debida forma.

Las resoluciones de la Administracion central serán reclamables por la vía contenciosa en los casos que determina la presente ley, siempre que el recurso se interponga en el plazo de tres meses, contados desde la notificacion administrativa ó publicacion en la *Gaceta*, si no fuese conocido el domicilio de los interesados, á quienes se hará saber lo resuelto por el centro directivo correspondiente ó por el gobernador de la provincia.

ORÍGENES

Art. 251 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

El plazo de tres meses marcado en el artículo no es aplicable á las cuestiones de expropiacion ni á las de obras de desecacion, para las cuales rige el de seis meses que señala el Real Decreto de 21 de Mayo de 1853 (Sents. 17 Abril y 21 Febrero 1871).

Al establecer este artículo que contra las providencias dictadas por la Administracion activa en materia de aguas pueda seguirse la vía administrativa ó entablar la contenciosa, no ha querido significar que es libre esta alternativa, sinó que ha de optarse precisamente por la que proceda (Sent. 16 Octubre 1871).

Artículo 721.—Contra las providencias dictadas por la Administracion dentro del círculo de sus atribuciones en materia de aguas, no se admitirán interdictos por los tribunales de justicia. Unicamente podrán éstos conocer á instancia de parte, cuando en los casos de expropiacion forzosa prescritos en este capítulo no hubiese precedido al desahucio la correspondiente indemnizacion.

ORÍGENES

Art. 252 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Si la sentencia no niega valor á unas escrituras, sinó que declara que son insuficientes para probar el dominio privado de las aguas litigiosas, no se infringen las leyes 114 y 115, título XVIII, Partida 3.ª, ni el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 14 Noviembre 1874).

COMENTARIO

La presente seccion tiene por objeto fijar las atribuciones que corresponden al Ministro de Fomento, cuáles á los gobernadores, cuáles á la Administracion central, y cómo y en qué casos son apelables las resoluciones de éstos.

Ahora bien, para que estas resoluciones ofrezcan seguridad á los capitales comprometidos en obras costosas, la ley dispone que causarán estado si no se reclama contra ellas dentro del plazo marcado con este objeto.

Por último, el respeto debido á la propiedad exige que se establezca una excepcion al principio general de que contra las providencias administrativas no deben admitirse interdictos para aquellos casos en que debiendo preceder expropiacion con arreglo á la ley, fuere ocupada la propiedad privada sin que aquélla preceda. Si jamas la Administracion debe ocupar arbitrariamente la propiedad privada sin la correspondiente expropiacion conforme á la ley, todavía con mayor motivo debe precaverse este asunto cuando, como acontece en materia de aguas, puede cometerse, al conceder un favor de intereses particulares por causa de una utilidad pública indirecta, el beneficio de la expropiacion.

SECCION NOVENA

DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES EN MATERIA DE AGUAS

Artículo 722.—Compete á la jurisdiccion contencioso-administrativa conocer de los recursos contra las providencias dictadas por la Administracion en materia de aguas en los casos siguientes:

Primero. Cuando se declare la caducidad de una concesion hecha á particulares ó empresas en los términos prescritos en la ley general de Obras públicas.

Segundo. Cuando por ellas se lastimen derechos adquiridos en virtud de disposiciones emanadas de la misma Administracion.

Tercero. Cuando se imponga á la propiedad particular una servidumbre forzosa ó alguna limitacion ó gravámen en los casos prescritos por esta ley.

Cuarto. En las cuestiones que se susciten sobre resarcimientos de daños y perjuí-

cios á consecuencia de las limitaciones y gravámenes de que habla el párrafo anterior.

ORÍGENES

Art. 253 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Sent. 12 Marzo 1873.

La jurisdiccion contenciosa es la competente para entender contra las providencias administrativas en materia de aguas, cuando por ellas se lastiman derechos adquiridos (Sents. 27 Diciembre 1872, 5 Julio 1873 y 11 Noviembre 1873).

Artículo 723.—Compete á los tribunales que ejercen la jurisdiccion civil el conocimiento de las cuestiones relativas:

Primero. Al dominio de las aguas públicas, y al dominio de las aguas privadas y de su posesion.

Segundo. Al dominio de las playas, álveos ó cauces de los ríos y al dominio y posesion de las riberas, sin perjuício de la competencia de la Administracion para demarcar, apear y deslindar lo perteneciente al dominio público.

Tercero. A las servidumbres de aguas y de paso por las márgenes, fundadas en títulos de derecho civil.

Cuarto. Al derecho de pesca.

ORÍGENES

Art. 254 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Al entender los tribunales en unos autos en que se litiga acerca de la propiedad de unas aguas que el recurrente ha supuesto le pertenecen, no desconecen las facultades administrativas que corresponden á los Ayuntamientos sobre el régimen y aprovechamiento de las aguas del comun de vecinos, ni por consiguiente infringe la sentencia la ley Municipal en su art. 52, caso 6.º (Sent. 31 Enero 1876).

Artículo 724.—Corresponde tambien á los tribunales de justicia el conocimiento de las cuestiones suscitadas entre particulares sobre preferencia de derecho de aprovechamiento, segun la presente ley:

Primero. De las aguas pluviales.

Segundo. De las demas aguas fuera de sus cauces naturales, cuando la preferencia se funde en títulos de derecho civil.

ORÍGENES

Art. 255 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

A los tribunales de justicia compete exclusivamente el conocimiento de las cuestiones relativas á las servidumbres de aguas, fundadas en títulos de derecho civil (Sent. 24 Mayo 1871).

Artículo 725.—Compete igualmente á los tribunales de justicia el conocimiento de las cuestiones relativas á daños y perjuícios ocasionados á tercero en sus derechos de propiedad particular, cuya enajenacion no sea forzosa:

Primero. Por la apertura de pozos ordinarios.

Segundo. Por la apertura de pozos artesianos y por la ejecucion de obras subterráneas.

Tercero. Por toda clase de aprovechamientos en favor de particulares.

ORÍGENES

Art. 256 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 726.—Todo lo dispuesto en esta ley es sin perjuício de los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad al 13 de Junio de 1879, así como del dominio privado que tienen los propietarios de aguas de acequias y de fuentes ó manantiales, en virtud del cual las aprovechan, venden ó permutan como propiedad particular.

ORÍGENES

Art. 257 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Cuando declara la Sala sentenciadora que el demandante no ha probado el dominio de las aguas objeto de su accion, y que su derecho se limita al aprovechamiento por tanda de las mismas y en las tierras expresamente designadas, no tiene aplicacion al caso y por lo mismo no puede decirse infringido el art. 299 de la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866, pues ni ántes de la publicacion de la expresada ley se podía

ni despues puede adquirirse el dominio de aguas públicas que no son susceptibles de él (Sent. 14 Noviembre 1874).

COMENTARIO

En esta última seccion trata la ley de Aguas de la competencia de jurisdiccion. Los derechos vulnerados por providencias administrativas pueden haberse adquirido en virtud de disposiciones anteriores de la misma Administracion, ó en virtud de títulos de derecho civil, cuya distincion sirve de base general para saber á quién compete el conocimiento de las cuestiones que sobre aquéllos surjan. En el primer caso será la Administracion la que deba resolverlas, y en el segundo los tribunales de justicia.

Segun esto, pues, compete á los tribunales contencioso-administrativos conocer de los recursos contra las providencias dictadas por la Administracion en materia de aguas, que perjudiquen derechos adquiridos en virtud de disposiciones emanadas de la misma Administracion, ó que impongan á la propiedad particular alguna limitacion ó gravámen en los casos establecidos por esta ley, así como de las cuestiones que se susciten sobre resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por tales limitaciones y gravámenes.

Y á los tribunales de justicia corresponde el conocimiento de todas las cuestiones relacionadas con el dominio y posesion de las aguas.

Por último, hay dos artículos en la ley de Aguas que tienen por objeto declarar, el primero, conforme al principio de no retroactividad de las leyes, que lo dispuesto en ésta es sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos anteriormente, y el segundo, que quedan derogadas todas las disposiciones que no estuvieran conformes con lo dispuesto en esta ley, acerca de lo cual debemos decir que si se procurara siempre que se promulga una ley suprimir la consabida fórmula por la cual se deja en vigor todo lo legislado anteriormente y que no se halla en contradiccion con las nuevas disposiciones, algo más concreta sería nuestra legislacion y muchas dudas se evitarían.

TÍTULO IV

DE LA POSESION

Artículo 727.—La posesion es la tenencia material de una cosa con ánimo é intencion de retenerla.

En las cosas incorporales hay cuasi posesion.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XXX, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2228 Cód. Francia.—474 Portugal.—685 Italia.—1637 Vaud.—1986 Valais. — 1182 Neufchatel. — 1194 Tesino. —3389 Luisiana. — 1019 Bolivia. — 2134 Nápoles.— Ley 1.ª, tít. II, lib. XLI, Digesto.

COMENTARIO

Las Partidas han explicado la posesion diciendo *posesion tanto quiere decir como ponimiento de piés*, esto es, *tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento*. Preséntase pues la posesion, en primer lugar, como un hecho material necesario para ocupar las cosas; pero ese hecho, que considerado únicamente de detentacion, no podria ser objeto de la ley, pasa á ser derecho desde el momento que se ejercita con ánimo é intencion de continuar poseyendo.

Ahora bien, las Partidas, observando que ademas de los derechos en las cosas corporales, hay otros en las incorporales, y que en éstas no es posible la tenencia material para poseerlas, admiten una cuasi posesion, consistente en el uso de uno y el sufrimiento de otro, dividiéndose los pareceres de los autores cuando han tratado de examinar si era aplicable á todos los derechos. Acordes aquéllos en cuanto á los derechos reales, no ha sucedido lo mismo respecto á los personales. La generalidad de los tratadistas ha creído que no podía aplicarse la posesion á ellos; pero distinguiendo entre los derechos personales de *tracto sucesivo*, de los que concluyen una vez ejercitados, no hay inconveniente en admitir el derecho posesorio en los primeros, como en el arrendamiento, por ejemplo, y no en los segundos, que por su modo de ser, una vez ejercitada la accion para reclamarlos y hecha ésta efectiva, han dejado de existir; sin embargo, por más que parezca admisible esta opinion, es punto no resuelto todavía en la práctica.

Artículo 728.—La posesion es natural y civil. La primera consiste en la tenencia material de la cosa, y la segunda en la intencion de no abandonarla, apoyándose en un justo título y áun cuando no se tenga corporalmente.

La mera ocupacion no constituye posesion.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XXX, Partida 3.ª
Ley 11, tít. X, Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su última parte con: Art. 2232 Cód. Francia.— 474 párr. 1.°, Portugal.—688 Italia.—1993 Holanda.—3456 Luisiana.—2264 Bolivia.—1641 Vaud.—1198 Tesino.—1990 Valais. — 1788 Neufchatel. — Ley 41, tít. II, libro XLI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Junio 1865.

No se considera como posesion la tenencia de un co-heredero en nombre de todos cuando la herencia está *pro indiviso* (Sent. 18 Noviembre 1865).

Igualmente sucede con la eventualidad de un derecho (Sent. 24 Enero 1867).

No se tiene por posesion la del administrador sobre los bienes administrados, porque es precaria (Sent. 17 Diciembre 1867).

COMENTARIO

Natural ó *por otorgamiento de derecho*, dice la ley de Partida que puede ser la posesion, ya

se ocupe materialmente una cosa, ya se considere propia con ánimo é intencion de no abandonarla, áun cuando el poseedor no la tenga siempre corporalmente. Con esta distincion la ley ha querido hacer constar el derecho, tanto del que siempre tiene una cosa en su poder, como del que con derecho á ella y con intencion de continuar poseyéndola, no la ocupa siempre materialmente, ya por imposibilidad procedente de su misma naturaleza, ya por ausentarse de ella temporalmente. Pero la misma sencillez del motivo que ha tenido la ley para hacer esa distincion, ha engendrado mil dudas y dificultades entre las escuelas cuando han tratado de explicarla. Se ha dicho que la posesion natural y civil no son distintas, sinó dos modos diversos de poseer, cuya doctrina en nada altera el principio establecido en la ley, porque llámeselas á una y otra posesion, ó modos diversos de poseer, las consecuencias siempre son las mismas y el mismo el derecho del poseedor; pero no decimos lo mismo desde el momento que los autores de esa doctrina añaden que la posesion natural debe ser considerada como injusta en cuanto se opone á la civil, que por estar fundada en el derecho es justa. Y no nos parece bien este modo de explicar la posesion natural y civil, porque á nuestro entender es contrario al espíritu de la ley, en el mero hecho de admitir una posesion injusta, habiendo empezado por definirla ántes en general como tenencia derecha. Si es tenencia derecha, no se comprende que uno de los modos de ejercitarla sea injusto. Lo mismo puede contestarse á los que sostienen que esa posesion civil y natural equivalente á justa é injusta, se refiere á poseer con buena ó mala fe, no siendo otra cosa una y otra que diversos modos de una misma posesion. Savigny, por otra parte, explica esta materia con arreglo á los dos efectos que pueden atribuirse á la posesion considerada en sí misma, la usurpacion y los interdictos, y dice que dos son las especies de posesion como dos son los efectos.

Esto basta para indicar las dudas ocurridas al interpretar la ley, dudas á nuestro entender poco fundadas en la mayor parte de los casos, mucho más no constituyendo posesion la mera ocupacion de una cosa, como ha dicho la ley y repetidas sentencias del Tribunal Supremo.

Artículo 729.—Puede ganar la posesion toda persona de sano entendimiento por sí; el hijo por el padre; el procurador y administradores por su principal; el tutor ó curador por sus pupilos ó menores, y los arrendatarios para sus dueños, nunca para ellos.

ORÍGENES

Leyes 3.ª, 4.ª y 5.ª, tít. XXX, Partida 3.ª
Ley 22, tít. XXIX, Partida 3.ª
Ley 1.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 480 y 481 Cód. Portugal.

COMENTARIO

Dice la ley que puede ganar la posesion cualquiera de sano entendimiento ó de capacidad bastante, y esto se comprende perfectamente, porque para poseer se requiere intencion de hacer nuestras las cosas que ocupamos, requisito imposible de suponer en el incapacitado. Pero ¿qué condiciones se necesitarán para ganar la posesion por medio de otras personas? De lo que se desprende de otras leyes que estudiaremos más adelante, son tres las circunstancias necesarias para que el representado gane la posesion por medio de su representante. Debe hacer éste lo mismo que haría poseyendo por sí mismo; debe tener el poseedor ánimo de adquirir la posesion, y por último, segun da á entender la ley, debe mediar cierta relacion entre representante y representado, como es la que existe entre el padre y el hijo, el tutor y su pupilo, etc. Por consiguiente, miéntras no haya aprehension con ánimo de poseer en el primer caso, deseo de adquirir en el segundo, y en el tercero relacion entre representante y poseedor, ya por razon de autoridad del uno sobre el otro, ya por mandato expreso, no se gana la posesion. Tienen, pues, capacidad para adquirirla: los hijos para sus padres, el tutor ó curador para los pupilos ó menores, los síndicos ú oficiales de alguna corporacion en nombre de ésta, y los que por mandato expreso estén facultados para ello. Tambien pueden ganar la posesion los arrendatarios para sus dueños, mas nunca para sí, porque si tienen las tierras en arrendamiento es en nombre de su dueño; de manera que no hacen aquéllos más que continuar la posesion en representacion del propietario.

Artículo 730.—Para adquirir la posesion

se necesita, ademas de intencion de adquirirla, la *tradicion* ó entrega del objeto, la cual podrá tener lugar de uno de los modos siguientes:

Primero. Por la entrega material de la cosa mueble objeto de la posesion.

Segundo. Por demostracion hecha al adquirente de la cosa que está á la vista.

Tercero. Por la entrega de alguna señal ó símbolo que la represente, como las llaves ó títulos de propiedad.

Cuarto. Por declaracion del enajenante, manifestando que retiene la cosa enajenada en usufructo ó arrendamiento á nombre del adquiriente.

Quinto. Por adjudicacion al dueño ú otro en su nombre, y por mandato del juez en razon de pago.

Sexto. Por el uso y disfrute de la cosa comprada de buena fe, á ciencia y paciencia del verdadero dueño.

Nunca se adquiere la posesion por fuerza, hurto ó cualquier otro medio contrario á las leyes.

ORÍGENES

Leyes 6.ª á la 11, tít. XXX, Partida 3.ª
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1604, 1605 y 1606 Cód. Francia.—1464 y 1465 Italia.—667 Holanda.—1137 Vaud.—728 Tesino.—1441 Friburgo. — 1253 Neufchatel.—1350 Valais.—1453 Luisiana.—1604 Bolivia. — Párr. 45, tít. I, libro II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

No puede haber tradicion simbólica de una cosa vendida, cuando ántes del contrato no existía la misma en poder del vendedor (Sent. 4 Mayo 1860).

Para ser aplicable la ley 9.ª, tít. XXX, Partida 3.ª, que autoriza al comprador para dejar arrendada la cosa vendida en poder del vendedor, sin necesidad de la material aprehension de ella, es necesario que la cosa exista en poder del vendedor al tiempo del otorgamiento del contrato (Sent. 4 Mayo 1860).

La mera tenencia de bienes, careciendo de las circunstancias que requieren las leyes para estimarla *derecha* y sostenible, no puede, segun la ley 10, tít. XXX, Partida 3.ª y sus concordantes, ser calificada de posesion legal, y sí sólo de intrusion, ineficaz de todo punto para conferir derecho alguno posesorio á los efectos de la prescripcion ordinaria (Sent. 26 Junio 1868).

Si la certificacion presentada por el demandante de haberse inscrito en el Registro de la propiedad á nombre de un Ayuntamiento la posesion de la parcela de terreno que se litiga no es título cuya entrega equivalga á la tradicion material de la cosa vendida, y ademas no aparece que él la hubiese recibido en tal concepto de la corporacion municipal, en cuyo poder debería encontrarse, requisitos necesarios para que pueda tener efecto la tradicion simbólica que autoriza la ley 8.ª, tít. XXX, Partida 3.ª, al absolver de la demanda, no se infringe la expresada ley (Sent. 20 Noviembre 1878).

COMENTARIO

Dos requisitos son necesarios para ganar la posesion de las cosas: voluntad de hacerlas propias y aprehension de las mismas, acto material que tiene lugar mediante la entrega ó *tradicion*. De este segundo requisito se ocupa el presente artículo.

Es considerado por los autores, siguiendo á las Partidas, á la vez como modo de adquirir la propiedad y la posesion, pero como en realidad no existe gran diferencia en cuanto á los efectos en uno y otro caso, preferimos tratar aquí reunida toda la materia de tradicion á hacerlo en dos ó más capítulos diferentes.

Tiene lugar mediante la entrega hecha por el dueño á otra persona con ánimo de trasferir la posesion. Examinando su naturaleza hallamos, que si parece de orígen natural en el mero hecho de suponer que el propietario al trasmitir una cosa á otro desea que su voluntad tenga cumplida ejecucion, no deja de ser tambien un modo civil, admitido en el derecho y sancionado por la ley.

Requisito indispensable era en Roma la tradicion para trasferir el dominio; no bastaba el título, era necesario ademas el modo, así como aquél debía siempre preceder á éste; pero las modernas legislaciones, separándose de esa distincion, considerada por algunos como una de tantas sutilezas del Derecho Romano, juzgan innecesaria la tradicion para adquirir el derecho de poseer: por esto el Proyecto de Código, del mismo modo que otros Códigos extranjeros, dan al consentimiento y á la obligacion la fuer-

za suficiente para trasmitir sin más requisitos la propiedad de las cosas.

Entre estos dos opuestos sistemas ¿cuál debe ser preferido? Sin incurrir en exageraciones en cuanto al modo de llevar á cabo este medio de trasferir el dominio, como ésto es un derecho que se manifiesta públicamente por medio del signo exterior que le acompaña, y á la sociedad interesa esa manifestacion para conocer los derechos de cada uno y evitar los conflictos y litigios que su ignorancia pudiera ocasionar, en este sentido nada como la tradicion puede dar á conocer mejor desde cuándo se adquiere el dominio sobre las cosas.

Despréndese de la definicion ántes apuntada, que la entrega sólo puede recaer sobre las cosas corporales; pero como tambien se trasmiten las incorporales, ha habido necesidad de admitir una *cuasi tradicion*, representada por el uso de aquel á quien se entregan y por el consentimiento de quien las concede, y la ley, siguiendo el ejemplo del Derecho Romano que por ficcion, daba por hecha la entrega mediante ciertos actos simbólicos, establece varios modos segun los cuales puede tener lugar la tradicion, ademas del que se ejercita por medio de la entrega material de la cosa.

Si un ome vendiesse á otro alguna cosa o gela diesse, o gela enagenasse en alguna otra manera e estando la cosa delante, dijese el que la enagenaua al otro, que lo apoderaua en ella, veyéndola ambos a dos, maguer este atal no la entre, nin la tenga corporalmente, abóndale tal apoderamiento de vista, para ganar la tenencia de ella (1).

Las leyes 7.ª y 8.ª del mismo título y Partida citan como otro medio de hacer la tradicion, el que tiene lugar mediante la entrega de un instrumento, señal ó símbolo, y citan como ejemplo las llaves de la casa y las escrituras ó título de propiedad; porque en efecto, nada puede representar mejor el acto de trasferir el dominio de una casa, que la entrega de sus llaves, por lo mismo que son necesarias para penetrar en ella, ó la escritura donde consta su traspaso con sus linderos, derechos y cargas

Constitutum possessorium es llamado por los autores el medio prescrito en la ley 9.ª para cumplir con el requisito de la tradicion. El que enajena una cosa declarando que la retiene en usufructo ó arrendamiento, adquiere la posesion, como si el adquirente, despues de haberla hecho suya, la volviere al que se la vendió para que la posea en su nombre; de manera que el primero adquiere la propiedad y la posesion civil, y el segundo la tenencia material.

Esta tambien se adquiere, segun prescribe la ley siguiente, cuando es adjudicada por su dueño, por otro en su nombre, ó por mandato del juez en razon de paga, y, por último, gana la posesion igualmente el comprador que usa de la cosa á ciencia y paciencia de su dueño, *como si el señor gela oviese entregado por sí mismo* al adquirente ó á quien le representase.

Lo detentado por la fuerza, miedo, hurto ó cualquiera otro medio opuesto á las leyes, no trasfiere la posesion, y siempre tiene derecho el dueño á recobrar lo que así le fuere sustraido.

Segun se desprende de la definicion, la tradicion no puede hacerse sinó por el dueño que tiene derecho de enajenar; ahora bien, ¿podrá hacerla el pupilo? Conforme á dicho principio, no, porque no dispone libremente de sus bienes ni tiene capacidad para ello, y, por tanto, no puede hacerlo válidamente sin la autorizacion del tutor; de suerte que no adquiere la propiedad el que recibe la cosa de persona á quien cree dueño de ella, aunque por ello se haga poseedor de buena fe, y no puede aducirse en contra de esta doctrina el derecho concedido al acreedor para vender la prenda en los casos permitidos por la ley, porque esta enajenacion no se hace á nombre del acreedor, sinó del deudor, que por ser su verdadero dueño trasfiere el dominio.

Es materia no bien definida por nuestras leyes, pero sí por las romanas, la que se refiere á los vicios que pueden afectar á la tradicion. Puede haber error en la persona, en la cosa y en el título.

Debe tenerse en cuenta el primero cuando se trata de título lucrativo, porque en éste, á diferencia del oneroso, no se atiende más que á la cualidad de la persona; el que vende no lo hace por la misma causa que el donante: el uno busca el precio de cualquiera que compre, y el otro atiende á un sér querido con quien le unen lazos de parentesco, amistad, cariño, etc.

El error esencial en la cosa afecta profundamente á su traslacion; mas no cuando él es accidental, como si consistiese en el nombre.

Por último, perjudica á la tradicion el error en el título, cuando no hay verdadero acuerdo entre los contrayentes, como sucede si uno en-

(1) Ley 6.ª, tít. XXX, Partida 3.ª

trega como donacion y otro cree recibir en usufructo; mas no cuando, á pesar de la falta de acuerdo, son los dos títulos traslativos de dominio.

No dejó de producir algunas dudas entre los jurisconsultos romanos este último punto, particularmente al explicar los fragmentos de Ulpiano y Juliano que de ello se ocupan; pero es materia que no nos incumbe el tratarla, y basta que hagamos esta indicacion.

Artículo 731.—Se trasfiere no solamente la posesion, sinó tambien la propiedad por la tradicion, apoyada en título hábil, mediante el cumplimiento de las condiciones impuestas en el mismo al adquirente, siempre que éste no hubiere prestado fiador ni tomado plazo para pagar.

ORÍGENES

Ley 46, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su segunda parte con: Artículo 1612 Cód. Francia.—1574 Portugal.—1469 Italia.—1514 Holanda.—1143 Vaud.—1259 Neufchatel.—1356 Valais.—2463 Luisiana.—1611 Bolivia.—Párrafo 41, tít. I, lib. II, Instituta.—Leyes 13, tít. I, lib. XIX, y 78, tít. I, libro XIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Si bien por la ley 46, tít. XXVIII, Partida 3.ª, se establece, por regla general, que el dominio de la cosa vendida no pasa al comprador aunque se haya apoderado de ella, si no ha entregado el precio, por la misma ley se exceptúan el caso en que el comprador *se hubiere tomado plazo* para pagar, y el de que el vendedor *se fiase en aquel del precio* (Sent. 14 Diciembre 1861).

Verificada la tradicion de la cosa por el precio dado, queda consumado el contrato de compra-venta (Sent. 9 Octubre 1867).

Tambien determina dicha ley que pasaría al comprador el señorío de la cosa comprada aunque el precio no se hubiese pagado, quedando el comprador obligado solamente á pagarlo (Sent. 31 Marzo 1874).

COMENTARIO

Dos partes contiene este artículo: en la primera se consigna la doctrina general que rige en materia de tradicion, la cual, con arreglo á ella, puede hacerse por el dueño ó por apoderado en su nombre, si ántes hubiese mediado título hábil, y en la segunda parte se dispone respecto al caso particular de la compra-venta que miéntras no se entregue el precio no adquiere el comprador el dominio de la cosa aun cuando haya tradicion, á no ser que la hubiera comprado á pagar á plazos ó que dé fiador.

En cuanto á lo primero, ya hemos dicho en el comentario anterior cómo el dueño que tiene capacidad para disponer de sus cosas puede hacer la tradicion; pero entre los expositores del Derecho Romano surgieron algunas dudas relativas al modo de llevarla á cabo por medio de procurador, porque hallándose dispuesto por una ley, que si la persona encargada por el dueño para administrar sus bienes, vende y entrega alguno de los comprendidos en la administracion, trasfiere su propiedad, nacía la duda de si con el poder general de administrar estaba facultada la persona á cuyo favor se había otorgado para vender.

No nos detenemos en exponer las razones alegadas por dichos expositores en pro y en contra, pero sí decimos que en nuestra opinion no va incluída entre los actos de pura administracion la facultad de vender otra cosa que los frutos de los bienes, y por consiguiente, no puede trasferir el dominio sobre los últimos el que sólo está encargado de administrarlos. Así parece desprenderse de lo dispuesto en la ley, la que al decir que la trasmision de dominio puede hacerla el dueño *ó que la faga otro alguno por su mandado*, presupone algo más que un mandato general.

La última parte del artículo tiene fácil explicacion tambien, porque en el contrato de compra-venta no se da por existente el ánimo ó voluntad de trasmitir la cosa, miéntras no se pague el precio, á diferencia de los demas contratos, que siempre por un medio ó por otro se manifiesta la voluntad del traductor.

Artículo 732.—No es necesaria la tradicion para ganar la posesion:

Primero. Cuando la cosa adquirida se poseía ya por otro título (*a*).

Segundo. Cuando se trata de repartir las ganancias de una sociedad entre los que forman parte de ella, pues en este caso cada cual tendrá su porcion como si cada uno la hubiere adquirido.

Tercero. En las donaciones hechas hasta cierto tiempo, las cuales pasan, una vez vencido plazo, á los herederos del donante ó á la persona que éste hubiere designado.

ORÍGENES

Ley 47, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 7.ª, tít. IV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Algunos casos señalan las leyes en los cuales se trasfiere la propiedad sin la tradicion, áun cuando en rigor no es por considerarla innecesaria, sinó porque se da por supuesta.

Tal sucede en el primer caso del artículo, cuando el que adquiere una cosa la poseia anteriormente por otro título; tradicion llamada en el Derecho Romano *brevi manu*, porque evita el rodeo de que el antiguo poseedor entregase la cosa al dueño para que éste se la volviera á entregar.

La misma ley 47, tít. XXVIII, Partida 3.ª, despues de aplicar á la propiedad los modos de hacer la tradicion marcados anteriormente para ganar la posesion, establece otro caso en que aquélla es innecesaria, diciendo: *cuando facen los omes compañias entre si, poniendo que todos los bienes que han, o ganaren dende adelante, que sean comunalmente de todos los compañeros; que luego que tal compañia hayan fecha e firmada e otorgada entre si, que pasa el señorio de todas las cosas, que cada uno de ellos ha, a los otros, tambien como si unos a otros se oviesen apoderado en todos los bienes que oviesen corporalmente... Otrosi toda ganancia que cualquier dellos faga, que el señorio della pasa a los otros, tambien como si cada uno dellos la oviese fecha.* Nada explica la razon del caso marcado en nuestro artículo como el texto de la ley donde se halla establecido.

Por último, no es tampoco necesaria la tradicion en las donaciones hechas hasta cierto tiempo, porque pasado éste, como falta el dueño que debe hacerla, se supone hecha desde un principio y pasa el dominio de las cosas donadas á los herederos del donante ó á quien éste hubiere designado.

Artículo 733.—El que posee una cosa durante un año y un día con justo título y buena fe, puede excusarse de responder sobre su posesion.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. IV, lib. IV, Fuero Viejo.
Ley 1.ª, tít. XI, lib. II, Fuero Real.
Ley 242 del Estilo.
Ley 1.ª, tít. IX, Ordenamiento de Alcalá.
Ley 3.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Sent. 4 Junio 1872.

No puede invocarse la ley 3.ª, tít. VIII, libro XI de la Nov. Rec., cuando no se trata de la posesion de año y día, sinó de la propiedad (Sent. 22 Setiembre 1869).

Igualmente no puede apoyarse en ella el que no acredite la buena fe y justo título exigidos á todo poseedor (Sent. 4 Mayo 1868).

A la Sala incumbe el apreciar las pruebas relativas á posesion y servidumbre que se adquieren por el uso, á cuya apreciacion debe estarse miéntras no se pruebe haber infringido la sentencia, ley ó doctrina legal (Sent. 19 Marzo 1872).

COMENTARIO

Grandes dificultades ha ofrecido y ofrece en la jurisprudencia lo contenido en este artículo. Establecía el Fuero Viejo en su ley 2.ª, tít. IV, lib. IV, que si uno demandase en juicio la posesion de una finca á otro, y éste probase con cinco testigos haberla poseido y disfrutado por espacio de un año y un día, ganase la posesion, siempre que el demandante no probase del mismo modo que la había tenido aquél en arrendamiento ó de otra manera, y ademas que se había querellado en ese tiempo.

El Fuero Real eximía tambien al poseedor de cosa por año y día de la obligacion de responder sobre ella en juicio. La ley 242 del Estilo explicó algunas palabras del fuero, y luégo el Ordenamiento de Alcalá exigió como requisito, título y buena fe, ademas del uso por el tiempo dicho para eximirse de responder en juicio sobre esa posesion. Esta ley tuvo por objeto explicar la duda que algunos Fueros, como el de Logroño, Sepúlveda y Cuenca, no habían resuelto, respecto á saber si era necesario título y buena fe ademas del uso por el tiempo; pero quedó sin decidir si estas leyes deberían aplicarse á la propiedad ó á la posesion solamente. La Nov. Rec. resolvió la duda á favor de la última; pero suscitóse luégo otra referente al carácter que debía tener esta ley, punto que ha sido, por

último, aclarado por el Tribunal Supremo en las sentencias citadas.

Artículo 734.—Se considera poseedor de buena fe el que con justo título adquiere una cosa creyendo que aquel de quien la recibe es su dueño legítimo y tiene derecho para enajenarla.

En caso de aparecer el verdadero dueño y vencer en juício, el poseedor de buena fe deberá devolver la cosa con los frutos naturales y los industriales no consumidos, deduciendo los gastos hechos en éstos, y hará suyos los industriales percibidos hasta la contestacion á la demanda.

ORIGENES

Ley 9.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª
Ley 39, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 549 y 550 Cód. Francia.—475 Nápoles.—454 Cerdeña.—350 Vaud. —495 Luisiana.—495, 497 y 498 en el fondo Portugal.—Ley 109, tít. XVI, lib. L, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 22 Abril 1869.
Sent. 8 Junio 1869.
Sent. 20 Junio 1873.
Sent. 10 Mayo 1878.

Apreciada por la Sala sentenciadora la buena fe con que uno ha poseído por largo tiempo una cosa, no há lugar á condenarle á la devolucion de los frutos percibidos (Sent. 20 Febrero 1869).

La mala fe no se presume miéntras no se acredite (Sent. 20 Octubre 1870).

La buena fe debe ser apreciada por la Sala sentenciadora en vista de las pruebas, y contra dicha apreciacion no cabe recurso si no se prueba haberse infringido en la sentencia alguna ley ó doctrina legal (Sents. 15 Marzo 1869, 18 Mayo 1876, 8 Noviembre 1870, 20 Diciembre 1866, 18 Octubre 1867, y 19 Octubre 1878).

Al apreciar la Sala que el demandado ha obrado de buena fe, condenándole solamente á la entrega de los frutos percibidos, pero con derecho á las mejoras, no infringe la ley 39 y 40, tít. XXVIII, Partida 3.ª, el párr. 35, Instituta *De rerum divisione*, la ley 2.ª Cód., título LI, *De fructibus*, ni tampoco las leyes 25, 41, 42 y 43, tít. XXVIII, Partida 3.ª y el principio de derecho *accesorium sequitur principale* (Sent. 18 Mayo 1876).

Si con arreglo á la ley 39, tít. XXVIII, Partida 3.ª, los poseedores de buena fe deben devolver los frutos percibidos, no se considerarán como frutos de los montes los árboles que los constituyen (Sent. 28 Junio 1866).

Tampoco al calificar esta clase de productos puede derivarse doctrina alguna de la ley 25, tít. XXVIII, Partida 3.ª, que trata de á quién pertenece el fruto de bestias y ganados (Sentencia 23 Febrero 1859).

La buena fe se presume miéntras no se pruebe lo contrario (Sents. 28 Junio 1860, 21 Abril 1865, 4 Enero 1868, 15 Febrero 1870 y 8 Noviembre 1870).

El poseedor de buena fe, áun cuando sea vencido en juício, tiene derecho á percibir los frutos ó rendimientos de la cosa poseída, hasta la contestacion á la demanda (Sents. 6 Febrero 1862, 30 Junio 1864, 12 Diciembre 1865, 26 Enero 1866, 14 Mayo 1867 y 14 Noviembre 1868).

Para que tenga lugar el abono de frutos, es preciso que el que lo pretenda se halle, al contestar á la demanda, en posesion material de la cosa disputada (Sent. 16 Marzo 1866).

Si al condenar á los demandados á la restitucion de una finca, no se les condena al abono de los frutos percibidos y podidos percibir desde la litis-contestacion, á pesar de haberse pedido en la demanda, la sentencia infringe la ley 35, Digesto, *De usuris et fructibus*, la 25, párrafo 7.°, Digesto, segun las cuales deben reputarse siempre como obtenidos de mala fe despues de la contestacion de la demanda, y deben abonarse al dueño de la cosa que los ha producido (Sent. 27 Abril 1877).

COMENTARIO

A buena fe, dezimos: que compra, o gana el ome la cosa, quando creya que el que gela da, o gela vende, auia derecho o poderio de lo fazer; e mala fe aquel que compró la cosa agena sabiendo que non es suya de quien ovo, nin auia poder de la enagenar. Tales son las palabras de la ley. Despues pasan á señalar los frutos correspondientes á cada poseedor en el caso de ser vencido en juício por el dueño.

Para ello toman por base la separacion de los frutos del fundo, porque miéntras están unidos á él forman parte de la propiedad y constituyen una accesion; pero desde el momento en

que puede el poseedor venderlos ó consumirlos por hallarse separados de la tierra, empieza en ellos una posesion nueva, pasando como propietario suyo para todos ménos para el dueño. Partiendo, pues, de esta base y de la buena ó mala fe del poseedor, dice la ley: los frutos naturales que ningun trabajo y cuidado exigen del poseedor, son del dueño á quien deben entregarse todos sin distincion; pero de los frutos industriales, aunque tambien parece debían ser del propietario, la ley, sin embargo, da al poseedor los que hubiera consumido hasta la contestacion de la demanda, porque algo merece el que con buena fe cuidó la cosa y la hizo producir. Esto en cuanto á los frutos consumidos, que si todavía existieran sin consumir, no pueden ser de otro que del dueño segun el principio de que nadie puede enriquecerse en perjuício de otro: mas tiene derecho el poseedor á deducir de ellos los gastos hechos en su produccion, pues su buena fe le hace acreedor á cobrar lo que el mismo propietario hubiera gastado cultivando y trabajando la tierra.

Por el contrario, el poseedor de mala fe tiene que devolver todos los frutos, áun los consumidos, deduciendo gastos necesarios porque su manera de proceder, sabiendo que no tenía derecho para poseer aquella heredad, predispone poco en su favor para concederle derecho á percibir los frutos con perjuício del dueño.

Creen algunos autores que los frutos civiles, de los que nada dice la ley, pueden equipararse á los naturales. No encontramos inconveniente en ello, ni razon para combatir este modo de pensar; pero nada dice la ley sobre este punto y nos limitamos á consignarlo. Lo mismo cabe decir en cuanto á la última parte de la dificultad que parece suscitarse por la ley, que exige la devolucion de los frutos naturales consumidos, tanto al poseedor de buena como de mala fe; ¿en qué se diferencian uno y otro si ambos han de restituir esos frutos?

No hay, pues, inconveniente en admitir con Gregorio Lopez, que el poseedor de buena fe sólo deberá restituirlos en cuanto se haya hecho más rico, y el de mala fe en todo caso.

Artículo 735.—Se considera poseedor de mala fe:

Primero. El que roba una cosa ó la ocupa sin derecho.

Segundo. El que la adquiere sabiendo que el cedente no era dueño.

El primero, siendo vencido en juício, debe devolver al dueño la cosa con los frutos percibidos y los que pudo percibir, y el segundo, la cosa con los frutos percibidos y los que se pudieran percibir solamente en estos cuatro casos: 1.° Cuando el comprador sabe que el que vende lo hace en fraude de acreedores. 2.° Cuando se enajenó por fuerza ó miedo. 3.° Cuando se compra encubiertamente contra la forma que debe observarse en las ventas judiciales. Y 4.° Cuando se adquiere alguna cosa contraviniendo á las leyes.

ORÍGENES

Ley 40, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 455 Cód. Cerdeña.—476 y 497 Portugal.—Párr. 35, tít. I, lib. II y XI, título XVII, lib. IV, Instituta.—Ley 62, tít. I, lib. VI, Digesto.—El 549 Francia.—349 Vaud.

JURISPRUDENCIA

Sent. 18 Mayo 1876.

COMENTARIO

Despues de haber dicho la ley quién es poseedor de mala fe, era natural que distinguiese tambien sus clases para ver los derechos que debía declarar en cada caso. Por esto dice: son poseedores de mala fe, primero, el que hurta ó toma una cosa sin derecho, y segundo, el que la adquiere sabiendo que el cedente no era su dueño. En el primer caso, deben devolverse todos los frutos percibidos y que pudieran percibirse, y en el segundo, solamente los percibidos, pero tambien los que pudieron percibirse aunque solamente en los cuatro casos enumerados. De donde se deduce que la ley es más ó ménos rigorosa segun la intencion con que se ha obrado.

Artículo 736.—El poseedor de buena fe que en la cosa ajena plantare ó edificare de nuevo, siendo vencido en juício por el dueño, tiene derecho á que se le abonen los gastos de lo nuevamente obrado, rebajando el valor de los frutos percibidos.

Cuando mediare mala fe, aunque al prin-

cipio la hubiere tenido buena, no podrá cobrar los gastos de las obras hechas en la casa, pero sí llevarse lo puesto y labrado en ella.

ORÍGENES

Ley 41, tít. XXVIII, Partida 3.ª

COMENTARIO

En otro lugar hemos citado esta ley, cuya primera parte trata del derecho de accesion en los bienes inmuebles. Continuaremos ahora estudiando sus restantes disposiciones, referentes á la indemnizacion de gastos en la posesion.

Trata del poseedor que planta ó edifica de nuevo en heredad reivindicada por su dueño, y distingue la buena y mala fe con que se posee. En el primer caso da derecho para cobrar los gastos de lo que se hubiere obrado, descontando el valor de los frutos percibidos; mas podría suceder que el dueño de la heredad no pudiere por su pobreza satisfacer esos gastos al poseedor, y la ley, haciéndose cargo de ello, exime al primero de esa obligacion, autorizando al segundo para sacar de la casa ó heredad lo que en ella obró, á no ser que al dueño le conviniera más comprar las obras para consolidar la posesion con la propiedad, en cuyo caso el poseedor debe consentir en ello, siempre que se le abone lo que hubiere podido sacar de esas obras.

En el segundo caso, cuando el poseedor tiene mala fe, aunque al empezar las obras hubiere sido buena, no debe cobrar los gastos; mas puede llevar lo que en la heredad labró ó edificó, segun se expresa en la misma ley, cuya disposicion, por lo clara, no es menester explicarla.

Artículo 737.—Los gastos necesarios son abonables á todo poseedor de buena ó mala fe, quien podrá retener la cosa hasta que se le haga el abono, descontando el valor de los frutos percibidos.

Los útiles lo son al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retencion. El poseedor de mala fe sólo podrá llevarse las mejoras, cuando el propietario no se las abone.

Los gastos voluntarios ó de puro placer y ornato no son abonables á ningun poseedor; pero el de buena fe podrá quitar las obras, á no ser que el propietario prefiera pagárselas. El poseedor de mala fe las pierde todas.

ORÍGENES

Ley 44, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 498 al 500 Cód. Portugal.—Ley 5, tít. XXXII, lib. III. Código romano; 37 y 38, tít. I, lib. VI, Digesto.—El 456 Cerdeña y 630 Holanda sólo conceden el derecho de retencion al poseedor de buena fe en cuanto á las expensas útiles.

JURISPRUDENCIA

Sólo pueden tener aplicacion las leyes 41 y 44 de Partida, cuando consta la existencia de las expensas ó mejoras, cuya indemnizacion se reclama (Sent. 13 Octubre 1856).

El abono de los gastos hechos en la cosa comun alcanza á todos los que en ella tienen participacion (Sent. 27 Mayo 1858).

Tan preciso es el abono de ciertas impensas, que hasta el poseedor de mala fe procede abonarle algunas conforme á derecho (Sent. 26 Noviembre 1860).

A los tribunales corresponde apreciar la existencia de mejoras, su importe y cuantía, segun las circunstancias de cada caso, con arreglo á las pruebas presentadas (Sent. 28 Noviembre 1863).

Los gastos útiles son abonables igualmente al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retencion (Sents. 29 Diciembre 1864, 14 idem 1865, 14 Setiembre 1866 y 30 Diciembre 1865).

No son abonables las impensas hechas como de pura comodidad á ningun poseedor (Sent. 5 Diciembre 1865).

Con arreglo á las leyes 41 y 44, tít. XXVIII, Partida 3.ª, el poseedor de buena fe puede retener la finca en su poder hasta reintegrarse de las mejoras que en la misma hubiere hecho (Sent. 20 Octubre 1870).

Apreciada por la Sala la buena fe de un poseedor, procede abonarle las mejoras, conforme á la ley de Partida citada (Sent. 2 Diciembre 1870).

COMENTARIO

Tratándose las obras hechas por un poseedor en heredad ajena la ley 44 distingue los gastos en necesarios, útiles y voluntarios para ver cómo aquél debe indemnizarse de ellos.

Ante todo, entiéndase por gastos necesarios los que impiden la destruccion de la cosa; útiles, todos aquellos que la hacen más provechosa; y voluntarios los que sólo sirven de ornato y comodidad.

De todos estos gastos el poseedor hace suyos los necesarios, sin que se tenga en cuenta para nada la buena ó mala fe con que poseyera, porque son gastos de que hubiera sido responsable si por no hacerlos se perdía la cosa. Para el cobro de ellos puede retenerla el poseedor en su poder, descontando, como en otros casos hemos dicho, el valor de los frutos percibidos; compensacion no bien mirada por nuestros autores, porque no diferencia en nada al cuidadoso del indiferente y descuidado; pero es de ley y no hay más remedio que aceptarla.

En cuanto á los gastos últiles, el poseedor de buena fe los hace suyos, reteniendo en su poder la cosa hasta su completo cobro; pero no son abonables al poseedor de mala fe, si bien puede éste llevarse las mejoras en caso de no querérselas abonar el propietario.

De los gastos voluntarios, el poseedor de buena fe puede tomar y llevarse lo que hizo, á no ser que el propietario quisiere pagarle su valor; de manera que viene á ser este caso igual á lo que hemos dicho en el anterior en cuanto al poseedor de mala fe, el cual ningun derecho tiene á los gastos voluntarios; todos los pierde.

Artículo 738.—Se pierde la posesion de una cosa mueble ó inmueble cuando el poseedor la abandona con ánimo de no contarla como suya, é igualmente cuando el ave ó animal fiero recobra su primitiva libertad.

ORÍGENES

Leyes 12 y 18, tít. XXX, Partida 3.ª, y 19, título XXVIII de la misma.

COMENTARIO

Si para adquirir la posesion se necesita, como requisito indispensable, voluntad de continuar en ella; naturalmente se pierde aquélla por la manifestacion contraria hecha mediante el abandono de la cosa. Lo mismo sucede cuando el ave ó animal fiero que por haberlo cogido estábamos poseyendo, recobra su primitiva libertad. Desde este momento se pierde esa posesion, porque falta el acto material de la ocupacion, necesario para que aquélla exista, de igual manera que si lo hubiéramos abandonado, como en el caso anterior.

Artículo 739.—Piérdese igualmente la posesion, pero no el dominio:

Primero. Cuando el arrendatario diese á otro la posesion de la cosa arrendada con ánimo de que el dueño la pierda ó sea echado por la fuerza (*a*).

Segundo. Por caerse la cosa al mar ó río, siendo aquélla mueble, y por inundacion, siendo inmueble, miéntras no desaparezcan las aguas (*b*).

Tercero. Por fuerza ó por ocupacion extraña en las cosas inmuebles, y por hurto ó pérdida de las muebles. Si las perdió un tercero, desde ese momento acaba la posesion; pero si estaban en poder del poseedor, dura aquélla miéntras éste las busca (*c*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 13, tít. XXX, Partida 3.ª
(*b*) Ley 32, tít. XXIX, Partida 3.ª, y Ley 14, tít. XXX.
(*c*) Ley 10 y 17, tít. XXX, Partida 3.ª

COMENTARIO

Varios modos de perder la posesion presentan las leyes 10, 13, 14 y 17 del título y Partida que estamos estudiando; pero en realidad lo que se pierde por ellas es la posesion natural ó el acto material, mas no el dominio ó señorío.

Dispone la 13, que pierda el dueño la posesion cuando el arrendatario entrega la cosa sobre que recae á otra persona con intencion de que la pierda el dueño, ó cuando éste es echado de ella por fuerza; pero la misma ley añade que no perdiendo el señorío puede reclamarla ante el juez.

Tampoco se pierde el señorío de la tierra inundada por las aguas, ni del objeto mueble perdido en el mar, porque se pueden recuperar cuando las aguas bajen en el primer caso, ó reclamarla al que la encuentre en el segundo. Lo mismo sucede cuando por fuerza, ocupacion extraña, hurto ó pérdida, desaparecen de nuestro poder las cosas que estábamos poseyendo. Ahora bien, si la cosa fué perdida por el mismo poseedor, se entiende que sigue siéndolo miéntras no deje de buscarla; pero si se hubiese perdido estando en poder de un tercero á quien se prestó,

desde el momento en que desaparece piérdese la posesion.

La ley declara que de la misma manera que este derecho se pierde por expulsion forzada del dueño, se pierde por abandono del mismo por temor de que no le deje entrar otra persona en su propiedad, porque la misma razon existe para un caso que para otro; si en uno se le hace salir, en el otro no se le deja entrar.

Finalmente, debemos añadir que la ley 15 del mismo título y Partida señalaba como otro modo de perder la posesion el que tenía lugar en los edificios ruinosos, cuando el dueño no los derribaba ni daba fianza. Hoy este punto se rige por las leyes de policía, y tiene su juício especial en la ley de Enjuiciamiento civil; por lo tanto no hacemos más que recordarlo.

Artículo 740.—Civilmente se interrumpe la posesion, cuando el dueño de la cosa hace comparecer judicialmente sobre ella al poseedor ó se la demanda en juício; mas sin ser ántes oído y vencido en él, á nadie se puede privar de su posesion.

ORÍGENES

Ley 29, tít. XXIX, Partida 3.ª
Ley 6.ª, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec.
Ley 2.ª, tít. XXXIV, lib. XI, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Sent. 5 Octubre 1863.
Sent. 24 Febrero 1865.
Sent. 13 Noviembre 1865.

Es obligacion del demandante probar el fundamento de la accion en que reclame la propiedad (Sent. 20 Febrero 1866).

El que tiene á su favor un derecho reconocido, debe ser mantenido en pacífica posesion del mismo (Sent. 26 Mayo 1866).

El principio establecido en la ley de que nadie puede ser privado de su posesion sin ser ántes oído y vencido en juício, constituye una garantía para que el poseedor sea mantenido en el goce de su derecho, miéntras no haya otro que se lo disfrute con título más robusto (Sents. 12 Diciembre 1859 y 26 Octubre 1867).

COMENTARIO

Interrúmpese civilmente la posesion desde el momento que otra persona, creyéndose con derecho bastante para adquirirla, la reclama judicialmente; por lo tanto, no podrá contarse para los efectos de la prescripcion el tiempo que se estuvo poseyendo ántes de comparecer en juício, como veremos más adelante.

TÍTULO V

DE LAS SERVIDUMBRES

DISPOSICION PRELIMINAR

DE LAS SERVIDUMBRES EN GENERAL

Artículo 741.—Servidumbre es el derecho que el hombre tiene en heredad ó edificio ajenos, para servirse de ellos en su beneficio propio ó en el de su propiedad.

La servidumbre puede ser personal ó real, segun que esté constituída en predio ajeno á favor de una persona ó á favor de otro predio.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XXXI, Partida 3.ª
Ley 9.ª, tít. III, lib. VIII, Fuero Juzgo.
Leyes del tít. V y VI, lib. IV Fuero Viejo.
Leyes del tít. IV, lib. III Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primera parte con: Artículos 637 Cód. Francia. — 643 Luisiana. — 505 Bolivia.—424 Vaud.—606 Friburgo.—221 Tesino.—476 Valais.—487 Neufchatel.—531 Italia. —2267 Portugal.—559 Nápoles.—548 Cerdeña. 721 Holanda.—Ley 15, tít. I, lib. VIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 23 Junio 1873.

COMENTARIO

El dominio es la mayor de las facultades que el hombre tiene para disponer de las cosas. Bajo aquella palabra se comprende el más omnímodo derecho para hacer de ellas lo que se quiera dentro de los justos límites que ya conocemos; pero el hombre vive en sociedad y su propiedad está en contacto con la de los demas hombres; de aquí que no siempre exista un dominio pleno sin ciertas limitaciones, nacidas de aquella relacion entre los hombres y sus propiedades.

Esta es la razon fundamental de la servidumbre, primer derecho limitativo del dominio, sin el cual aquélla no puede existir. Los romanos decían: cuando la cosa sirve á su dueño cumple su natural destino si no está en servidumbre, de donde se deduce que ésta es un gravámen, una carga que pesa sobre una cosa y no para beneficio de su dueño, porque entónces dejaría de ser gravámen, sinó á favor de otra persona ó de otra propiedad, estando obligado el dueño sobre cuya heredad pesa la carga á sufrirla; en una palabra, es el derecho constituído en cosa ajena, cuyo dueño está obligado á permitir ó no hacer, en beneficio de otro. Decimos permitir ó no hacer; porque la servidumbre, como limitacion del dominio, nunca puede consistir en hacer, de lo contrario se convertiría en un servicio personal; por lo tanto, el dueño sobre cuya heredad se halla aquélla constituída, está obligado á permitir el goce de la servidumbre á quien la tenga, ó á no hacer en su finca lo que pudiera impedir el derecho de otro. Tal es la verdadera naturaleza de estas desmembraciones del dominio, no bien definidas por las Partidas, cuya definicion sin embargo, por ser legal, es obligatoria.

La servidumbre no ha sufrido los cambios y mudanzas que otros derechos; vive casi como nació; los principios en que se funda son los del Derecho Romano, y el sentido y el espíritu el mismo que dominaba en aquella legislacion; sin embargo, no lo decimos tan en absoluto que pudiera creerse trasladado aquel derecho á nuestros Códigos, de modo que fuera indiferente aplicar sus leyes ó las de Partida á los casos que ocurrieran, porque si no fundamental, accidentalmente es fácil encontrar variantes.

Muy poco es lo que han dicho sobre esta materia nuestros Códigos patrios en tres ó cuatro leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real y Fuero Viejo de Castilla, relativas á reconocer la servidumbre de paso, acotamiento de barbechos y algunas otras en beneficio de la agricultura, hasta que aparecieron las Partidas tratando extensamente esta materia, y consignaron entre sus leyes el *derecho e uso que home há en los edificios, o en las heredades ajenas para servirse dellas a pro de las suyas.* No satisfaciendo completamente esta definicion á los autores, han presentado otra tomada del Código frances, de la cual nada decimos, porque para entender bien el verdadero carácter de las servidumbres, basta con la que admitida por las escuelas dejamos apuntada anteriormente.

La ley de Partida, despues de definir las servidumbres las divide en personales y reales, segun que estén constituídas en heredad ajena á favor de una persona ó á favor de otra heredad, y entre las primeras cuenta el usufructo, el uso y la habitacion.

Ahora bien; ¿son admisibles las servidumbres personales? Dentro del terreno jurídico existen las tres indicadas. El Código frances tambien las admite, pero no con el nombre de personales, porque tenía aversion á la servidumbre personal y á todo lo que podía hacer revivir ideas anejas á la feudalidad. Pero nosotros, sin hacer caso de aquellas preocupaciones, y teniendo en cuenta que la servidumbre es personal en cuanto está constituída á favor de una persona, admitimos la clasificacion de Partida, y con arreglo á ella vamos á estudiar las personales para pasar luégo á las reales.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS SERVIDUMBRES PERSONALES

SECCION PRIMERA

DEL USUFRUCTO EN GENERAL

Artículo 742.—El usufructo es el derecho de usar y disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su sustancia.

ORÍGENES

Ley 20, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 578 Cód. Francia.—477 Italia.—803 Holanda.—365 Vaud.—525 Luisiana.—503 Nápoles.—488 Cerdeña.—El Código portugues lo define como derecho de convertir en utilidad propia el uso ó producto de la cosa ajena; el austriaco como servidumbre personal, sujetándolo á las reglas que á éstas se refieren, y el Cód. bávaro define el usufructo el derecho de aprovecharse de una cosa ajena.—Tit. IV, lib. II, Instituta.—Ley 1.ª, tít. I, libro VII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 23 Junio 1873.

COMENTARIO

La primera servidumbre personal, dice la ley 20, tít. XXXI, Partida 3.ª, que tiene lugar *cuando un ome otorga a otro para en toda su vida o a tiempo cierto, el usufruto que saliere de algun su heredamiento, o de alguna su casa, o de sus siervos, o de sus ganados, o de otras cosas que pudiesse salir renta o fruto.* El vacío que deja la ley al describir más bien que definir el usufructo, no puede llenarse sinó acudiendo al Derecho Romano, porque si hasta las Partidas nada se legisló sobre esta materia, tampoco despues de ellas ha sido objeto de disposicion alguna. El usufructo es una palabra compuesta de uso y fruto, que los romanos decían era, *jus utendi fruendi,* el derecho de usar

y disfrutar las cosas ajenas, salva su sustancia, ó sin alterar la sustancia de la cosa. De aquí resulta: 1.°, que una persona determinada usa y percibe los frutos, que no otra cosa significan las palabras *utendi fruendi* de los romanos; y 2.° que la cosa usufructuada es ajena. Por consiguiente, el usufructo es derecho real en cuanto está constituído en cosa para usarla una persona, independientemente de los demas, contra quienes se puede reclamar; es derecho personal en cuanto está constituído á favor de persona determinada; y es limitativo del dominio, porque comprende una suma de derechos arrancados al propietario.

Ahora bien; hemos dicho derecho de usar y disfrutar en cosa ajena porque este es requisito de toda servidumbre; por consiguiente, no puede destruirse la cosa; eso sería abusar, y desde ese momento no podría ejercitarse aquel derecho; hé aquí por qué decían los romanos *salva rerum substantia*, dando á entender que la cosa debe conservarse de la misma manera que fué entregada, cuya diferencia es la que verdaderamente caracteriza y explica el usufructo.

Artículo 743.—El usufructo se constituye por la ley, por acto entre vivos, por última voluntad, y por prescripcion.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XVII, Partida 4.ª
Leyes 20 y 24, tít. XXXI, Partida 3.ª
Ley 7.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

El art. 579 Cód. Francia, dice que el usufructo se establece por la ley ó por voluntad del hombre: regla que aceptan el 806 de Holanda.—366 Vaud.—304 Nápoles.—478 Italia.—489 Cerdeña, y con muy poca diferencia el 2198 Portugal.

COMENTARIO

De cuatro modos ó maneras puede constituirse el usufructo, por la ley, por contrato, por testamento y por prescripcion. La ley 20 de Partida sólo señala dos modos, *por postura ó en testamento*; pero hay tambien un usufructo legal, constituído á favor del padre en los bienes del hijo que está bajo su potestad, cualquiera que sea el título por el que los adquiera, ménos en los bienes de que, como dijimos oportunamente, es el hijo dueño y único usufructuario; lo es el que tiene el cónyuge viudo en los bienes reservables, en caso de contraer nuevas nupcias, con arreglo á la Nov. Rec. Finalmente de la ley 24 del mismo título y Partida se deduce el modo de constituirse tambien el usufructo por prescripcion, como veremos cuando de dicha ley tratemos; pero no callaremos que sobre este último modo han cuestionado mucho los autores. Hé aquí por qué, áun cuando las Partidas no marcan más que dos modos de constituirse el usufructo, nosotros añadimos la ley y la prescripcion, fundados en las leyes de que acabamos de hablar.

Artículo 744.—Puede constituirse el usufructo por toda la vida ó á tiempo cierto (*a*).

Puede constituirse á favor de una ó varias personas, simultánea y sucesivamente.

ORÍGENES

Ley 20, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto al primer párrafo con: Art. 580 Cód. Francia.—2200 Portugal.—478 Italia.—448 Bolivia.—534 Luisiana.—553 Friburgo.—418 Valais.—427 Neufchatel; y en su segunda parte con: Art. 2199 Cód. Portugal.—805 Holanda.—809 Soleure.—Leyes 4.ª, tít. I; 4.ª, tít. VI, lib. VII; 16, párr. 2.°, título II, lib. X, y 13, lib. XXXIII, Digesto.

COMENTARIO

En cuanto á la forma, puede constituirse el usufructo *para en toda la vida ó á tiempo cierto*, segun se expresan las Partidas, pero ademas como todos los actos de la voluntad, puede hacerse puramente, bajo condicion desde y hasta cierto día, á favor de una ó varias personas simultánea ó sucesivamente, debiendo sujetarse estos dos últimos casos á los términos de su concesion en el primero, y al tiempo marcado en las leyes para que no se disfrute eternamente en el segundo.

SECCION SEGUNDA

DE LOS DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

Artículo 745.—El usufructuario tiene derecho á percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes usufructuados.

ORÍGENES

Ley 20, núm. 4, tít. XXXI Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 582 Cód. Francia.—479 Italia.—808 Holanda.—370 Vaud.—538 Luisiana.—433 Cerdeña.—507 Nápoles.—556 Friburgo.—420 Valais.—429 Neufchatel.—811 Soleure.—2202 Portugal en su primera parte.—Leyes 9.ª, párr. 1.º, y 59, tít. I, lib. VII, Digesto.

COMENTARIO

La misma ley que define el usufructo dice en su párr. 4.º que el usufructuario que gana los frutos y rentas de la cosa otorgada, puede aprovecharse de ellos y venderlos. Caben dentro de esta disposicion toda clase de bienes y cosas raíces, muebles y semovientes; mas respecto á los fungibles, áun cuando la ley parece comprenderlos al hablar de cosas en general, se ha dudado si cabe usufructo en ellos. Algunos autores lo han negado, porque consumiéndose dichas cosas por el uso, no pueden devolverse al propietario á la terminacion del usufructo; pero fué admitido en Derecho Romano primeramente, copiado luégo por nuestros legisladores y sancionado últimamente por la práctica, el cuasi-usufructo en las cosas muebles y fungibles. Veamos cómo puede hacerse.

Las cosas muebles y semovientes naturalmente tienen que ser usadas de modo que al terminar el usufructo sean devueltas conforme se entregaron, indemnizando al propietario si por culpa del usufructuario hubiesen sufrido deterioro. De modo que si son acciones ó cantidades, se percibirán sus intereses; si son ganados, percibirá el usufructuario la lana, leche y cria, y en una palabra, todos los frutos y rendimientos de la cosa.

En cuanto á las cosas fungibles, conviene distinguir entre aquellas que tardan bastante en destruirse y las que se consumen inmediatamente con el uso. Respecto á las primeras, se ha dudado acerca del modo de usarlas, porque si han de volverse completamente deterioradas, como sucedería con el vestido dado en usufructo, es inútil su restitucion, y si se obliga á pagar su valor, resulta gravoso el usufructo. Muchos autores se inclinan á que el usufructuario devuelva la cosa en el estado que se halla, y con eso cumple su obligacion, y otros afirman que debe devolverse el precio, porque en realidad hubo un traspaso de dominio; nosotros, dado el carácter del usufructo, optamos por el parecer de aquéllos, pero es punto no resuelto todavía por nuestras leyes.

Las cosas fungibles, desde el momento que se usan, no pueden ser devueltas naturalmente por el usufructuario, y por tanto estará obligado á devolver su estimacion ú otras equivalentes en cantidad y calidad.

Desaparecen todas estas dudas cuando el usufructo se halla constituído en bienes inmuebles. En éstos es donde verdaderamente puede constituirse, porque á su terminacion es fácil devolver la misma cosa, habiendo percibido el usufructuario, miéntras subsistió el usufructo, todos los frutos naturales, industriales y civiles de ella; mas nuestro Derecho calla acerca de los frutos pendientes al principiar ó concluir el usufructo. El principio admitido por la práctica para su adjudicacion, es que los frutos se adquieren por la percepcion, principio que obedece á la naturaleza y carácter del usufructo: porque si éste se concede á una persona para disfrutar de los productos y rendimientos de una cosa, en tanto disfrutará de ellos en cuanto los perciba; por consiguiente, si muere dejando frutos pendientes sin percibir, serán del propietario de la cosa. Lo que decimos respecto á los frutos naturales é industriales, debe entenderse de los civiles: si los colonos recogieron los productos ántes de la muerte del usufructuario, las rentas son para éste ó sus

herederos; pero si los cogieron despues, son para el prspietario.

Artículo 746. —Corresponde al usufructuario el goce del aumento que reciben las cosas por accesion.

ORÍGENES

Ley 30, tít. XXVIII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 596 Cód. Francia.—494 Italia. — 2206 Portugal. — 821 Holanda. — 547 Luisiana.—385 Vaud.—508 Cerdeña —521 Nápoles.—Ley 9.ª, párr. 4.°, tít. I, lib. VII, Digesto.

COMENTARIO

Empieza la ley diciendo que, constituído un usufructo en heredad próxima á la ribera de un río, la isla formada en él pertenece al propietario y nada tiene de ella el usufructuario; pero si á la heredad donde se halla constituído un usufructo se le agregase algun terreno por la corriente de las aguas, á él se extiende tambien el usufructo. De manera que el usufructuario puede gozar y disfrutar de lo que por accesion se une á la heredad en que tiene derecho de usufructo; pero la propiedad de lo acrecido pertenece al dueño de la finca.

Artículo 747. —El usufructuario puede enajenar los frutos, mas no la cosa ni el mismo derecho de usufructo.

ORÍGENES

Ley 20, tít. XXXI, Partida 3.ª
Ley 24 del mismo tít. y Partida.
Art. 107 de la Ley Hipot.

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 595 Cód. Francia.—492 Italia.—520 Nápoles.—819 Holanda.—505 Cerdeña.—548 Luisiana.—2207 Portugal.—Leyes 9.ª, párr. 1.°, tít. II, libro XIX; 12, párr. 2; 35 y 38, tít. I, lib. VII, Digesto.—Párr. 3.°, tít. IV, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

La cesion de usufructo hecha condicionalmente y con limitaciones por el usufructuario, equivale á cesion de frutos y no del derecho (Sent. 16 Abril 1859).

Si se dejare una herencia en usufructo facultando al usufructuario para vender los bienes caso de necesidad, con la declaracion de que los herederos propietarios sólo tengan derecho á los que hubieron quedado al fallecimiento de aquél, este usufructo sale de las condiciones comunes, y no pueden aplicarse á él las leyes 20 y 24, tít. XXXI, Partida 3.ª, relativas á la fianza que tiene obligacion de prestar el usufructuario, y á la pérdida de su derecho si lo cediere (Sent. 24 Octubre 1860).

No puede disponer por testamento el usufructuario de los bienes dejados con la condicion de que pasen á los herederos propietarios si aquél muere sin haberlos enajenado para atender á sus necesidades (Sent. 6 Febrero 1862).

A pesar de la prohibicion de enajenar la cosa en que consiste el usufructo, si por disposicion de un testador ó en capitulaciones matrimoniales se reserva el marido para despues de la muerte de su mujer el usufructo de los bienes de ésta, pueden ambos consortes venderlos conjuntamente, porque se consolida en éstos el pleno dominio (Sent. 3 Mayo 1862).

COMENTARIO

La disposicion de la ley á que se refiere este artículo es *que la cosa en que ha el usofruto, non la puede enagenar nin empeñar* el usufructuario. No la han explicado de la misma manera los autores, pues miéntras unos creen que no puede enajenarse el usufructo, otros afirman lo contrario, y no ha faltado por último quien ha admitido el derecho de enajenar el aprovechamiento. No nos detenemos á estudiar estas distintas opiniones, porque á nuestro modo de ver la cuestion es sencilla: si el usufructuario tiene derecho para percibir todos los frutos y enajenarlos, no puede enajenar la cosa que los produce ni el mismo derecho de usufructo; derecho personalísimo que no puede pasar á otra persona, y cuya doctrina está declarada por la ley 24 del mismo título y Partida, que prohibe al usufructuario enajenar el derecho de usufructo, por la sentencia del Tribunal Supremo citada, y, últimamente, por el art. 107 de la Ley Hipotecaria que permite hipotecar, no el derecho de usufructo, sinó el de percibir los frutos, cuyas leyes no podian consentir que el usufructuario hiciera peor la condicion del dueño de la propiedad, enajenando el derecho por él mismo concedido.

SECCION TERCERA

DE LAS OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

Artículo 748.—El usufructuario prestará caucion de cuidar las cosas de manera que no pierdan por su culpa, y de restituírlas al propietario con sus accesiones al extinguirse el usufructo.

De esta obligacion se consideran exceptuados los padres que tienen usufructo legal en los bienes adventicios de su hijo, á no ser que contrajeren segundas nupcias, en cuyo caso están obligados á prestar fianza.

ORÍGENES

Ley 20, tít. XXXI, Partida 3.ª
Art. 69 Ley Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 601 Cód. Francia.—497 Italia.—2221, párr. 2.º Portugal.—831 Holanda.—5.º, lib. II, cap. IX Bávaro.—389 Vaud. —551 y 553 Luisiana.—613 Cerdeña.—526 Nápoles.—Ley 13, tít. I, lib. VII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 10 Octubre 1871.
Sent. 5 Febrero 1872.

La falta de prestacion de caucion por el usufructuario no produce caducidad del usufructo, sinó el efecto de que el propietario pueda resistir la entrega de los frutos, ó pedir que se depositen hasta que aquélla se preste (Sent. Noviembre 1859).

COMENTARIO

Exige la ley de Partida al usufructuario cuidar la cosa y restituírla á su dueño concluído el usufructo, para lo cual deberá prestar aquél caucion llamada fructuaria, comprometiéndose á disfrutar la cosa de manera que no se pierda ni empeore por su culpa, y á restituirla, una vez terminado el usufructo, á su dueño, á quien él mandare ó á sus herederos. Exceptúanse de la obligacion de la fianza los padres en el usufructo de los bienes adventicios del hijo, porque si bien tienen las obligaciones propias del usufructuario en cuanto deben ser cumplidas por todo hombre medianamente cuidadoso, desdice de la confianza que naturalmente inspira un padre, y se opone al decoro de la familia el exigir una precaucion sólo disculpable cuando se trata de personas extrañas. Pero esta regla tiene tambien su excepcion en el caso de contraer nuevas nupcias el padre ó madre, hecho que el legislador ha tenido siempre en cuenta para imponer obligaciones, como único momento de la vida en que puede suponerse disminuya el cariño, y por esto se exige al bínubo la prestacion de fianza.

Tambien citan los autores como dispensados de esta obligacion al donante que se reserva el usufructo de los bienes donados, al que fué dispensado de ella en el acto de constituírse el usufructo, al que por pobreza no encuentra fiador, en cuyo caso puede prestar caucion juratoria, y á este tenor otros varios casos, sobre los cuales no están acordes los pareceres de los comentaristas, por lo que nos parece mejor, para evitar dudas, someter el negocio á la decision del juez en cada caso.

En la práctica se ha admitido como otra obligacion del usufructuario la de formar inventario de todo lo que recibe en usufructo para el caso de la restitucion, práctica que encontramos justa y conveniente para el mismo que debe formarlo, porque de esa manera puede apreciarse mejor si se han disfrutado las cosas con el cuidado y diligencia debidos, y si se restituyen las mismas que fueron entregadas, y á la vez el usufructuario sabe perfectamente hasta dónde llega su responsabilidad; pero nada dicen nuestras leyes referente á esta obligacion.

Artículo 749.—El usufructuario debe conservar la cosa, reparando los edificios, cultivando los heredades, reponiendo las vides y árboles que se sequen con otros nuevos, é igualmente en los ganados las reses muertas con las crías.

ORÍGENES

Ley 22, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 605 y 616 Cód. Francia.—2228 Portugal.—501 y 513 Italia.—565 y 587 Luisiana.—840 y 851 Holanda.—383 Vaud.—453 y 463 Neufchatel.—576 y 586 Friburgo.—203 Tesino.—464, párr. 2.º, Berna.—473 Bolivia.—517 Cerdeña.—540 Nápoles.—Ley 64, título I, lib. VII, Digesto.—Párr. 38, tít. I, libro II, Instituta.

COMENTARIO

Dice la ley que el usufructuario, así como tiene el provecho de disfrutar la cosa, debe hacer cuanto pudiere por cuidarla y conservarla, de manera que si fuere edificio, debe repararlo para que no pierda por su culpa; si heredad, debe cultivarla y labrarla; lo mismo si fuese viña ó huerta, teniendo cuidado de poner donde las vides ó árboles se secaren otros nuevos, y si fueren ganados, reponer las reses muertas con las crías.

Ahora bien, ¿estará obligado solamente á reparar, ó debe hacer tambien otras obras? Nada dicen nuestras leyes que pueda servirnos para saber qué clase de reparos tiene obligacion de hacer el usufructuario. Los jurisconsultos distinguieron los *mayores*, designando con este nombre los concernientes á la utilidad perpetua de la finca, de los *menores*, y dijeron que sólo éstos eran los exigidos por la ley al usufructuario, pero no los primeros.

En cuanto á las viñas y arbolado, el usufructuario debe, en primer lugar, cuidarlos y cultivarlos, y en segundo, sustituír las vides y árboles que se sequen con otros nuevos, pero no tiene la misma obligacion en cuanto á los arrancados por una tempestad ó por caso fortuito, porque pasan á ser del dueño, perdiendo aquél el usufructo de ellos.

En los ganados, dicen los jurisconsultos que si el usufructo se dió sin contar el número de cabezas, hay obligacion de reponer las muertas con las vivas, y si se dieron contadas, como en este caso se constituyó el usufructo en determinado número no tiene el usufructuario obligacion de reponer las que faltan. Esta distincion nos parece minuciosa, y por tanto, de la misma manera creemos debe resolverse este caso que el anterior, á no ser que por caso fortuito pereciera el rebaño dado en usufructo.

Artículo 750.—El usufructuario pagará las cargas ó contribuciones anejas á la cosa usufructuada con los frutos que de la misma perciba.

ORÍGENES

Ley 22, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 608 Cód. Francia.—506 Italia.—842 Holanda.—80, tít. XXI, Prusia.—512, con alguna diferencia, Austria.—2238 Portugal.—496 Vaud.—456 Neufchatel.—744 Zurich.—206 Tesino.—580 Friburgo.—Leyes 52; 7.ª, párr. 2.º; 27, párr. 3.º, tít. I, lib. VII; 28, tít. II, lib. XXXIII, Digesto.

COMENTARIO

Otra de las obligaciones impuestas al usufructuario es la de pagar las cargas y contribuciones por la misma razon que él se aprovecha de los beneficios. Igualmente debe pagar las deudas que sean anejas á la cosa usufructuada. Los jurisconsultos, para la mejor aplicacion de este deber, distinguen las deudas hereditarias y las testamentarias diciendo: que las primeras, en el usufructo universal, deberán ser satisfechas por el propietario y usufructuario juntamente, y en el particular únicamente por el primero, áun cuando la finca estuviere hipotecada para responder de las deudas. Las testamentarias, ó sean las obligaciones impuestas por el testador, deberá satisfacerlas todas el usufructuario universal, puesto que cobra todas las utilidades; pero siendo el usufructo singular, se proratearán las deudas satisfaciendo cada uno su parte.

Por último, para terminar las obligaciones impuestas al usufructuario diremos: que todos aquellos gastos y costas hechos por causa del usufructo, serán de cuenta de aquél; pero no en el caso contrario, por más que siempre deberá defender la cosa y poner en conocimiento del propietario las perturbaciones que en ella puedan ocurrir.

SECCION CUARTA

DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE EL USUFRUCTO

Artículo 751.—El usufructo se extingue:

Primero. Por muerte del usufructuario.

Segundo. Por prescripcion ó no uso.

Tercero. Por la enajenacion ó cesion del derecho de usufructuar.

Cuarto. Por su consolidacion ó reunion con la propiedad en una persona.

Quinto. Por la pérdida ó destruccion total de la cosa.

Si ésta sufriera sólo una destruccion parcial, el usufructo continúa en lo que de ella hubiere quedado.

ORÍGENES

Leyes 24 y 25, tít. XXXI, Partida 3.ª
Ley 3.ª, tít. VIII, Partida 5.ª
Ley 3.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 617 Cód. Francia.—515 Italia. — 2241 Portugal. — 854 Holanda.—601 Lusiana.—483 Bolivia.—404 Vaud.—587 Friburgo.—211 Tesino.—748 Zurich.—464 Neufchatel.—457 Valais.—477 Berna.—3.°, cap. IX, lib. II Baviera. —524 Austria.—186 Prusia.—Leyes 3.ª, 15 y 23, tít. IV, lib. VII, Digesto; 53, tít. I; id. id. 5.ª, tít. XXXIII, lib. III del Código; párr. 3.°, tít. IV, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Sent. 16 Abril 1859.

Aunque el usufructo se extingue ordinariamente por muerte del usufructuario, esto no excluye que pueda extenderse su duracion por condiciones ó pactos que no sean contrarios á su naturaleza, y no hagan ilusorio el derecho del propietario (Sent. 13 Setiembre 1861).

Por muerte del usufructuario pasa la cosa al dueño (Sents. 10 Mayo 1856 y 10 Octubre 1871).

COMENTARIO

Termina el usufructo, segun acabamos de exponer, en primer lugar por muerte del usufructuario; á no ser que hubiere sido constituída hasta cierto tiempo, en cuyo caso concluye con éste. Esto, sin embargo, no impide su continuacion, cuando por pacto ó de otro modo que no haga ilusorio el derecho del propietario, se extiende su duracion, segun sentencia del Tribunal Supremo.

La prescripcion ó no uso por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, es otro de los modos señalados en la ley para extinguirse el usufructo, y no decimos por tiempo inmemorial, porque éste se exige para las servidumbres discontinuas, y aquí, áun cuando lo parezca por el acto de percibir la posesion mediante la cual se percibe, es continua. Podría suscitarse la duda de si concluía el usufructo igualmente por el mal uso de la cosa ó por usarla de distinto modo que el pactado. Algunos lo afirman siguiendo las palabras de la Instituta, *non utendo per modum et tempus;* y en su virtud si se ha usado mal de la cosa, puede pedirse la caducidad del usufructo, que parece no se quiere procediendo de ese modo.

El usufructo es inenajenable, razon por la cual establece la ley en su párr. 3.° la cesion de ese derecho como uno de los modos de extinguirse, de manera que lo pierde el cedente, no lo adquiere el comprador ó cesionario y pasa al propietario. El precedente de esta ley está en la cláusula *nam cedendo extraneo nihil agitur* de la Instituta, no tan clara como las Partidas, que dicen: *de allí adelante non lo debe aver, nin el otro a quien lo otorgó.*

Por la renuncia ó consolidacion se extingue igualmente esta servidumbre, porque la cosa deja de producir para un extraño y produce para su dueño.

Con arreglo á la ley 25 del título y Partida que venimos examinando, el usufructo concluye tambien por la extincion de la cosa en que estaba constituído. Esto es claro, porque si al usufructuario se le obligaba á disfrutar conservando salva la sustancia de la cosa, faltando ésta no puede disfrutarla aquél. La ley dice que si estuviere constituído sobre una casa, quemada ó destruida ésta no puede continuar el usufructo ni en el solar; pero en este punto hay que hacer una distincion, porque si el usufruc-

to es universal, aun cuando perezca el edificio, continúa aquél en el suelo, pues siempre queda subsistente algo del todo en que estaba constituído, lo que no sucede en el singular, donde no puede ejercitarse ese derecho si falta la cosa que le daba existencia. Excusado es decir que para la extincion del usufructo en este caso es precisa la total destruccion de la cosa, pues si fuera solamente parcial continuaría aquel derecho en lo que quedare existente.

Artículo 752.—El usufructo concedido á una ciudad ó villa, concluye á los cien años de haberse constituído, y ántes si la ciudad ó villa quedase yerma ó abandonada.

ORÍGENES

Ley 26, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 619 Cód. Francia.—857 Holanda.—406 Vaud.—544 Nápoles.—630 Cerdeña.—2244 Portugal.—Ley 56, tít. I, lib. VII; 56, tít. I, 21, tít. IV, lib. I, y 8.ª, tít. II, lib. XXXIII, Digesto.

COMENTARIO

Si el usufructo termina por la muerte natural de quien lo ejercita, no puede decirse lo mismo cuando éste es un pueblo ó ciudad, en cuyo caso nunca terminaría; razon por la cual dispuso la ley de Partida que á los cien años se extinguiese, plazo bastante para que lo disfrutase una generacion.

Antes de ese plazo puede terminar por abandono hecho de manera que el suelo quedase yermo, porque si todos ó la mayor parte del pueblo ó corporacion se trasladasen juntos á otro punto, por este solo hecho perdían el usufructo antiguo, y con esto hemos concluído los distintos casos marcados en las leyes para la terminacion del usufructo.

SECCION QUINTA

DEL USO Y DE LA HABITACION

Artículo 753.—El uso da derecho á percibir de los frutos de una cosa ajena, los que basten á cubrir las necesidades del usuario.

La habitacion da derecho á ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y las personas de su familia.

ORÍGENES

Ley 20, núm. 5, tít. XXXI, Partida 3.ª
Ley 27, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 630 y 633 Cód. Francia.—2254 Portugal.—621 y 622 Luisiana.—542, 544 y 545 Cerdeña.—417, 419 y 420 Vaud.—556 y 557 Nápoles.—868 y 873 Holanda.—Párrs. 2.º y 5.º, tít. V, lib. II, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 10 Mayo 1869.

La ley 6.ª, tít. VIII, Partida 5.ª, se limita á dictar reglas para el contrato de arrendamiento de una casa ó tienda, y la 27, tít. XXXI, Partida 3.ª, no tiene otro objeto que fijar la duracion de la servidumbre de habitacion cuando no se expresó al otorgar este derecho (Sent. 14 Junio 1861).

COMENTARIO

La ley 20 del mismo título y Partida, describe el uso y no le define, pero da á entender la gran relacion que entre ambos derechos existe, diferenciándose únicamente en que el usufructuario tiene derecho á percibir todos los frutos y rendimientos de la cosa, y el usuario solamente lo necesario para atender á sus necesidades. La ley, como muchas del mismo Código, pone á continuacion algunos ejemplos para marcar mejor los derechos del usuario, fáciles de comprender despues de lo dicho.

El uso á la vez es más amplio que la habitacion, porque con arreglo al primero, pueden ocuparse todas las dependencias de una casa, y por la segunda, sólo puede usarse lo necesario

para vivir; pero en cambio la habitacion puede darse á otro y el uso no. La servidumbre de habitacion, por consiguiente, consiste en el derecho de vivir en una casa utilizando de ella lo que únicamente sea necesario para el objeto.

Artículo 754.—El usuario y el que tiene derecho de habitacion no pueden enajenar su derecho á otro, y deben dar fianza de que usarán la cosa con buena fe y á ley de buen varon. El segundo, sin embargo, tiene facultad para alquilar la casa á otros.

ORÍGENES

Ley 20, núm. 5, tít. XXXI, Partida 3.ª
Ley 27, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 626, 627, 631 y 634 Cód. Francia.—2256 y 2258 Portugal.—870 y 874 Holanda.—634 y 639 Luisiana.—500 Bolivia.—418 y 421 Vaud.—601 Friburgo.—471 Valais.—481 Neufchatel.—528 Italia.—543 y 546 Cerdeña.—556 Nápoles.—Ley 11, tít. VIII, lib. VII, Digesto.—Párr. 1.º, tít. V, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

Algo de lo contenido en este artículo hemos dicho en el comentario anterior al marcar la diferencia entre el uso y la habitacion. En el presente se establecen las obligaciones inherentes á ambos derechos con arreglo á las leyes 20 y 27 de Partidas, segun las cuales el que tiene la servidumbre de habitacion, de la misma manera que el que tiene la de uso, no pueden enajenar su derecho. El usuario cuidará de que la cosa no pierda por su culpa, para lo cual deberá prestar fianza de restituirla á su dueño sin el menor menoscabo, tan pronto como termine el tiempo por el cual fué concedido el derecho. Ademas, el usuario no puede arrendar ni empeñar su derecho, obligacion que como ya hemos dicho, no tiene lugar en la servidumbre de habitacion, porque puede ser arrendada ó alquilada á otras personas.

Artículo 755.—El que tiene derecho de usar sólo de una casa, puede vivir en ella con su familia y recibir huéspedes. Si se tratase de un rebaño, puede aprovecharse de las crías, leche y lana, en cuanto baste para su consumo y el de su familia, y de los estiércoles necesarios para sus tierras.

ORÍGENES

Ley 21, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 871 Cód. Holanda, y en parte con el 632 Francia.

COMENTARIO

Uso tan solamente habiendo algun ome en su casa agena, bien puede y morar él e su muger, e sus fijos, é su compaña, e puede y aun recibir huéspedes si quisiere. De la misma manera puede el usuario tomar de la leche, cría, lana y estiércoles de los ganados, todo lo que necesite para él y su familia de las primeras y de los segundos para las tierras, derecho que Roma no reconocía haciendo el uso casi nulo.

Artículo 756.—Cuando el usuario consuma todos los frutos de los bienes, queda obligado á sufragar los gastos de cultivo, reparaciones y pago de contribuciones. Si todo no lo consumiera, y al propietario le quedase una parte de frutos, bastante para cubrir los gastos y cargas, no tiene aquél obligacion de sufragarlos.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 635, párr. 1.º, Cód. Francia.—547 Cerdeña.—875 Holanda.—641 Luisiana.—422 Vaud.—358 Nápoles.—2259 Portugal.—Leyes 42, tít. I, y 15, tít. VIII, lib. VII, Digesto.

COMENTARIO

Se comprende perfectamente que si al usuario se le exigiesen reparos y pago de contribuciones no pudiendo utilizar más que lo necesario, el uso sería un gravámen más que un derecho; pero si disfrutara de todos los frutos y rendimientos de la cosa, dada su poca extension é importancia, debe pagar todos los reparos, cargas y contribuciones, porque tampoco sería justo exigírselos al propietario que nada percibiere de la cosa.

Artículo 757.—El derecho de habitacion se constituye por contrato ó testamento pa-

ra toda la vida ó con limitacion de tiempo, y no acaba sinó por el trascurso del mismo, la muerte ó la renuncia.

ORÍGENES

Ley 27, tít. XXXI, Partida 3.ª

COMENTARIO

Realmente el derecho de habitacion viene á extinguirse por las mismas causas que el usufructo, aunque la ley no consigna otras que la muerte, la renuncia y el tiempo; mas no vemos motivo para que por la consolidacion, destruccion de la cosa y otros semejantes, deje de terminar este derecho. En cuanto á los modos de constituirse y el tiempo de su duracion, bien clara está la ley.

Por último, el uso se constituye y se pierde de la misma manera que el usufructo, doctrina que aplicada tambien á la habitacion se halla establecida en los Códigos de Francia, Portugal, Italia, Holanda, Luisiana, Bolivia, Vaud, Friburgo, Valais y Tesino.

CAPÍTULO II

DE LAS SERVIDUMBRES REALES

SECCION PRIMERA

DE LAS SERVIDUMBRES REALES EN GENERAL

Artículo 758.—Las servidumbres reales se constituyen para el servicio y comodidad de un edificio, predio, heredad ó finca rústica ó urbana.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 687 Cód. Francia.—608 Nápoles.—630 Cerdeña.—474 Austria.—707 Luisiana.—537 Valais.—540 Neufchatel.—Libro II, cap. VIII, párr. 2.º, Baviera.—Párr. 1.º, tít. III, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Como consecuencia se deduce que incumbe justificar la servidumbre al que sostiene haberse establecido en su beneficio (Sents. 13 Enero 1860 y 26 Noviembre 1864).

Es principio general que rige acerca del libre ejercicio de la propiedad, que el dominio debe entenderse pleno miéntras no se pruebe lo contrario. Consecuencia de esto es, que toda finca se presume libre miéntras no se pruebe la carga que sobre ella pesa (Sents. 26 Diciembre 1865; 7 Abril 1864; 30 Junio 1864; 13 Diciembre 1865).

COMENTARIO

Hemos dicho en otro lugar, que ciertos derechos se llaman reales porque se hacen efectivos en la cosa, de modo que el dueño tiene en ella todos los derechos, ménos los que por cualquier título pertenezcan á otra persona, entre los cuales se cuentan las servidumbres. A este propósito, una de las cuestiones suscitadas por los autores ha sido la relativa al nombre de este derecho, porque á muchos de aquéllos repugnaba el nombre de servidumbre, lo que en realidad no es más que una sutileza. Nosotros lo admitimos, y así creemos debe llamarse, porque desde el momento en que la cosa sirve á otro que no es el dueño, hay servidumbre.

En artículos anteriores quedan definidas y estudiadas las servidumbres personales, primer

miembro de la clasificacion hecha por la ley, y ahora nos toca hacer lo mismo con las reales.

Estas se hallan comprendidas en la 1.ª, título XXXI, Partida 3.ª, al decir: *servidumbre es derecho é uso que ome há en los edificios, ó en las heredades ajenas, para servirse dellas á pro de las suyas*; despues de lo cual no es menester gran esfuerzo para conocer la diferencia que las separa de las personales, porque la última cualidad marcada en la definicion anterior no cabe en estas útimas, constituídas á favor de determinada persona, y caracteriza perfectamente á las reales, en el mero hecho de considerarlas constituídas en beneficio de otros predios ó heredades.

Las servidumbres, con arreglo á la ley que estamos examinando, se dividen en rústicas y urbanas: las primeras están constituídas sobre las tierras, y las segundas sobre las casas y edificios; pero es necesario tener en cuenta que los jardines de las ciudades son considerados como urbanos, así como las casas de labor son rústicas. Hay que atender, pues, á la naturaleza de las cosas para conocer la clase de servidumbre en ellas constituída, pudiendo servir como regla general la distincion que tambien hay entre la superficie y el suelo. Vamos á estudiar los principales caractéres de esta clase de servidumbres.

Artículo 759—. Las servidumbres son continuas y discontinuas.

Las primeras son aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante sin la intervencion de ningun hecho del hombre, como son las servidumbres de luces y otras de la misma especie.

Las segundas son aquellas cuyo uso necesita algun hecho actual del hombre, como son las de senda, carril y otras de esta clase.

ORÍGENES

Leyes 15 y 16, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 688 Cód. Francia.—724 Holanda.—723 Luisiana. —501 Bolivia.—279 Tesino.—541 Neufchatel.—768 Soleure.—2370 Portugal.—617 Italia.—589 Nápoles.—637 Cerdeña.—Ley 7.ª, tít. VI, lib. VIII, Digesto.

COMENTARIO

La continuidad ó discontinuidad es uno de los caractéres marcados á las servidumbres. El Derecho Romano había ya consignado esta distincion entre sus leyes, y las Partidas al copiar aquel derecho no le olvidaron. Tambien se dividen las servidumbres en aparentes y no aparentes, segun que se distinguen por algun signo exterior dispuesto para su aprovechamiento, ó que no presentan señal alguna que indique su existencia. Su inscripcion en el Registro de la propiedad es requisito indispensable para que produzcan efecto contra tercero, y aunque la mayor parte de las legislaciones modernas consideran en principio como necesaria la inscripcion, no se expresan todas de la misma manera en cuanto al modo de llevarla á cabo en todas sus partes; en Alemania, por ejemplo, es obligatorio el inscribir las servidumbres no aparentes para que produzcan efecto contra tercero, así como las aparentes lo producen sin necesidad de ese requisito. Nuestra Ley hipotecaria no hace distincion alguna, y con arreglo á sus disposiciones no perjudicarán á tercera persona los títulos de servidumbres que no estén inscritos en el Registro; pero una vez que esto tenga lugar, producirán aquel efecto desde la fecha de la inscripcion. Atenta la ley á evitar los perjuicios que pudiera ocasionar al tercer contratante las cargas ó gravámenes ocultos de las cosas, y á fin de evitar el fraude y la inmoralidad, no escasea los medios necesarios y oportunos para hacer pública la situacion de la propiedad de inmuebles.

De lo dicho en un principio al definir las servidumbres, se deduce otra division de las mismas en afirmativas y negativas, segun consisten en permitir ó no hacer; así serán afirmativas aquellas en que el dueño de la cosa tenga que permitir hacer en ella algo á otra persona para su beneficio, y negativas cuando el dueño esté obligado á no hacer nada que perjudique el derecho adquirido sobre su propiedad por otra persona. Esta diferencia es de mucha importancia, sobre todo, tratándose de la adquisicion de servidumbres por prescripcion, como estudiaremos oportunamente. Baste decir por ahora, que en las afirmativas comienza á contarse el tiempo ó plazo de la prescripcion desde el primer acto verificado sin contradiccion por el dueño del predio dominante, y que en las negativas los actos verificados por el dueño del predio que pretende ser dominante, nada favorecen á la prescripcion porque los consienta el del otro predio, pues se empieza á contar el término desde el primer acto del dueño del predio sir-

viente, que tenga por objeto hacer aquello que *no podría* hacer, á existir la servidumbre.

Finalmente, hay otras divisiones de las servidumbres que no exponemos aquí porque en otro lugar tendremos necesidad de estudiarlas.

Artículo 760.—Las servidumbres son inseparables de la finca á que pertenecen, y no se pierden porque cambien de dueño los predios dominante y sirviente.

ORÍGENES

Leyes 8.ª y 12, tít. XXXI, Partida 3.ª
Art. 108 Ley Hip.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2268 Cód. Portugal.—Ley 12, tít. VI, lib. VIII, Digesto.—Párr. 3.º, tít. III, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

No son aplicables las leyes 8.ª y 12, tít. XXXI, Partida 3.ª cuando la cuestion litigiosa gira sólo sobre la manera en que ha de tener lugar el disfrute de la servidumbre, pues sus disposiciones se dirigen únicamente á determinar que ésta no puede separarse de la finca á que se halla afecta, ni perderse por venta ó traslacion de dominio (Sent. 12 Mayo 1866).

En la misma hipótesis de existir una servidumbre, cuando se vende un predio sin establecerse en el contrato un modo distinto de disfrutarlo el comprador, debe entenderse vendido con aquel derecho, si es preciso su uso para el disfrute del mismo predio (Sent. 14 Setiembre 1867).

COMENTARIO

Uno de los caractéres principales de la servidumbre es su constitucion sobre cosa inmueble. Es el primer requisito que hemos marcado al definir aquel derecho, requisito sin el cual dejaría de ser carga real y de existir por consiguiente la servidumbre. La ley 12 de Partidas al ocuparse de este carácter dispone que aquélla *non se puede apartar de la heredad o del edificio en que es puesta*, de cuya disposicion se deduce en primer lugar, que no podrá ser vendida la cosa sin la carga ó gravámen, y en segundo lugar, que tampoco podrá ser hipotecada separadamente, segun se halla dispuesto en la Ley Hipotecaria.

De este primer requisito de las servidumbres se deduce otro igualmente necesario para que existan, á saber, que no pueden constituirse sinó en utilidad ó en favor de una cosa inmueble, En efecto, precisamente porque no sirven á otras personas sinó á otras cosas, es por lo que se les da el nombre de reales y por lo que muchos han dicho que no debía contarse el usufructo entre las servidumbres. Ahora bien; podrá decirse que no pudiendo nunca prestar utilidad una cosa á otra sinó á su dueño, para el cual siempre resulta el provecho, no cabe citar como carácter de las servidumbres el que estamos estudiando; pero debemos hacer constar que la utilidad no debe entenderse en absoluto á favor de un predio, sinó á favor de su dueño, sea quien quiera, de manera que el provecho de la servidumbre va unido á la cosa independientemente de la persona que la posea, al contrario, de lo que pasa en el usufructo que no le tiene más que una persona determinada, muerta la cual queda libre la cosa sobre que estaba constituído.

Consecuencia de lo expuesto es que en toda servidumbre real son necesarios dos predios: uno á cuyo favor está aquélla constituída, llamado dominante, y otro que sufre el gravámen, llamado sirviente.

Artículo 761.—Las servidumbres son indivisibles: si el predio á cuyo favor se constituyó la servidumbre perteneciere á varias personas, cada una de ellas es dueña de toda la servidumbre.

Del mismo modo si fueren varios los dueños del predio sirviente, cada uno de ellos debe entera la servidumbre.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XXXI, Partida 3.ª

COMENTARIO

La ley 9.ª, donde se halla consignado este carácter de las servidumbres, dice: que si otorgada una de éstas en una casa á favor de otra muriese el dueño de la segunda dejando varios herederos, cada uno de ellos puede reclamar toda la servidumbre, y de la misma manera el que tiene derecho á ella puede reclamarla toda á cualquiera de los que tengan la finca sobre que grave la servidumbre.

Esto es claro, porque no se concibe tener trozos de un derecho que por estar constituído á favor de una cosa lo disfrutan por igual todos

sus dueños, de la misma manera que todos ellos están obligados á permitir ó no hacer cuando en su propiedad pesa la carga de la servidumbre. Sin embargo, como puede haber division en cuanto al objeto ó al tiempo de ejercitarse aquélla, conviene tener presente para no dar lugar á confusion, que el carácter de indivisibilidad de la servidumbre es en cuanto se la considera como derecho, porque de otro modo no solamente puede ejercitarse por partes con relacion al tiempo, sinó tambien con relacion á las personas.

Artículo 762.—Las servidumbres se constituyen sobre predio ajeno, y no pueden fundarse sobre las cosas públicas ni en las de derecho divino.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XXXI, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 6 Febrero 1864.

Si, conforme á la ley 13, no pueden establecerse servidumbres sobre las cosas que *son á uso é á procumunal de alguna cibdad ó villa, así como los mercados, las plazas é los exidos*, pueden, sin embargo, ganarse por tiempo de cuarenta años, segun la ley 7.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª, respecto de aquellas otras cosas que *maguer sean comunalmente del concejo de alguna cibdad ó villa non usan comunalmente dellas todos, así como de las otras cosas sobre dichas* (Sent. 6 Febrero 1864).

La servidumbre tiene que constituírse en cosa ajena (Sent. 6 Marzo 1875).

COMENTARIO

Las servidumbres pueden constituirse en cosas propias, dice la ley 13; pero es necesario *que sea provechosa al eredamiento de otri é non á la suya*, porque los hombres se sirven de sus cosas, no á manera de servidumbre, sinó como dominio. En efecto, no tendría aquel nombre si no sirviese á otro, ni puede terminar por consolidacion si no está constituída en predio ajeno.

Las cosas sobre las que puede imponerse esta carga han de ser inmuebles, y deben estar en el comercio de los hombres, razon por la cual excluye la ley, como no susceptibles de admitir gravámen, las públicas ó propias de un pueblo ó ciudad, y las de derecho divino, entre las cuales se cuentan las sagradas, religiosas y santas.

Ahora bien, ¿puede una servidumbre ser materia de otra? Los romanos trataron la cuestion, que por cierto no es fácil de resolver. Ortolan lo niega, porque siendo esa carga un fragmento del dominio, no puede constituírse sobre él otro fragmento sin perjudicar al dueño, en lo cual tiene razon; pero supongamos que es un usufructo y que el usufructuario concede á otro la servidumbre de paso; ¿podrá traer algun perjuício ésta al dueño, una vez terminado el usufructo?

Artículo 763.—Las servidumbres son voluntarias y legales.

Las primeras provienen de la voluntad de los particulares, manifestada por contrato ó testamento, y de la posesion continuada.

Las segundas son impuestas por las leyes por razon de utilidad pública.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XXXI, Partida 3.ª
Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 639 Cód. Francia.—2271 Portugal. — 672 Holanda.—655 Luisiana.—507 Bolivia.—425 Vaud.—609 Friburgo.—222 Tesino.—477 Valais.—489 Neufchatel.—532 Italia. —Ley 15, tít. I, lib. VIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Enero 1860.
Sent. 27 Diciembre 1871.
Sent. 23 Febrero 1874.
Sent. 2 Noviembre 1874.

Las servidumbres reales puede adquirirlas á su favor el dueño del predio dominante, con arreglo á la misma ley (Sent. 12 Febrero 1859).

Las servidumbres reales sólo se constituyen por pacto, uso y testamento (Sent. 13 Enero 1860).

Para exigir el cumplimiento de una servidumbre es necesario probar se constituyó por uno de los medios marcados en la ley 14, título XXXI, Partida 3.ª, porque toda finca se presume libre miéntras no se pruebe lo contrario (Sent. 23 Junio 1862).

No tratándose en un pleito de la existencia de una servidumbre, son aplicables á él las leyes 14 y 15, tít. XXXI, Partida 3.ª, y la doctrina del Tribunal Supremo, que impone la obligacion de probar la existencia de una servi-

dumbre al señor del predio favorecido con ella (Sent. 28 Abril 1863).

Es inoportuno invocar los preceptos de la ley 14, cuando únicamente se declaran los derechos dominicales correspondientes á cada uno de los litigantes, sin reconocer como existente ninguna servidumbre (Sent. 22 Mayo 1865).

Cuando no hay constituida servidumbre alguna, es inoportuno citar como infringida la ley 14, tít. XXXI, Partida 3.ª, pues no teniendo aplicacion al caso no puede infringirse (Sentencia 24 Setiembre 1866).

La ley 8.ª, tít. IV, lib. IV, Fuero Viejo, está derogada por otras leyes posteriores, que sólo permiten constituir servidumbres por prescripcion, contrato y testamento (Sent. 13 Octubre 1866).

La ley 28, tít. V, Partida 5.ª, no tiene aplicacion á las servidumbres urbanas, que deben constar establecidas por uno de los medios que reconocen las leyes (Sents. 14 Mayo 1871 y 10 Abril 1875).

Las servidumbres consisten en un derecho real respecto al predio dominante, y en un gravámen respecto al sirviente, que limita su dominio, y deben constituirse por uno de los medios reconocidos en la ley 14, tít. XXXI, Partida 3.ª (Sent. 30 Abril 1878).

COMENTARIO

Los tres modos señalados en la ley 14 para la constitucion de las servidumbres son por contrato, por testamento y por prescripcion.

No pareciendo bien esta nomenclatura á todos, tampoco ha sido la única que ha existido. El Código frances dice, que las servidumbres se constituyen por la naturaleza, por declaracion de la ley, por voluntad de los particulares y por prescripcion; pero el Proyecto de Código, desechando las primeras porque la naturaleza no puede constituir servidumbres, admite como verdadero origen de ellas la ley, la voluntad de los particulares y la prescripcion. Esta nomenclatura nos parece mejor, porque como despues veremos, hay muchas servidumbres constituídas por la ley. No decimos lo mismo de las llamadas judiciales ó que nacen mediante declaracion judicial, porque si el juez las declara, es por exigirlo así la ley ó cualquiera de las causas dichas.

La inscripcion en el Registro es citada por algunos como medio de constituir servidumbres; pero no admitimos como tal lo que únicamente es su garantía, pues así como cuando se compra una casa se inscriben los títulos en el Registro, así no se constituye una servidumbre sin hacerla constar del mismo modo.

No hay, por consiguiente, otros modos de constituir servidumbres, y así tambien lo ha declarado repetidas veces el Tribunal Supremo, que el pacto, el testamento y la prescripcion; mas como por razon de utilidad pública han impuesto las leyes ciertas servidumbres forzosas, de donde les viene el nombre de legales, nosotros las estudiaremos á continuacion de las voluntarias, procurando distinguir unas de otras.

CAPÍTULO III

DE LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS

SECCION PRIMERA

COMO SE ADQUIEREN LAS SERVIDUMBRES

Artículo 764.—Todo propietario de una finca ó heredad, ya tenga sobre ella el dominio pleno ó el útil, puede establecer en la misma cuantas servidumbres tenga por conveniente (*a*).

Tambien pueden constituirse mediante

convenio celebrado entre partes contratantes.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

(a) Concuerda sustancialmente con: Artículo 686 Cód. Francia.—721 Holanda.—705 Luisiana.—577 Bolivia.—616 Italia.—477 Vaud. —275 Tesino.—534 y 536 Valais.—539 Neufchatel.—607 Nápoles.—634 Cerdeña.

COMENTARIO

Únicamente pueden constituir servidumbres, segun la presente ley, los que puedan desprenderse de parte del dominio, porque aquélla equivale á una enajenacion que sólo pueden hacerla los que tienen el segundo ó una fraccion de él sobre un predio, como sucede al enfiteuta.

Ha llamado la atencion de algunos autores, el decir las Partidas que la servidumbre constituída por el dueño en su heredad *vale para siempre*; frase que no da á entender una duracion perpetua, sinó que como dice Gregorio Lopez en cuanto á la enfitéusis, vale para siempre que ésta siga, y acabada tal servidumbre vuelve la cosa al dominio libre de servidumbre.

No podrán, sin embargo, constituir esta clase de derechos, el simple proseedor, ni el usufructuario, ni el que esté sometido á la autoridad paterna ó marital, porque los primeros no tienen facultad para disponer de la finca y por tanto para gravarla, y el segundo no tiene la libre administracion de sus bienes, requisito necesario para poder disponer de ellos.

Artículo 765.—Siendo muchos los condueños de la cosa sobre que se impone servidumbre, han de convenir todos á otorgarla, bien desde el principio ó por acto posterior; el hecho de cualquiera de ellos no perjudica á los demas que no convinieron en él.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XXXI, Partida 3.ª

COMENTARIO

Por esta ley, los dueños de una cosa pueden gravarla con servidumbre; pero es preciso que en ello convengan todos, porque si algunos dejaran de hacerlo, podrían oponerse á su otorgamiento, pues á nadie obliga los actos de otro; mas si luégo consintieran en constituirla, valdría de la misma manera que si desde el principio hubieren convenido todos en ello.

Ahora bien, tratándose de disfrutar varios la servidumbre por otro constituida, creemos que cada uno puede aceptar lo que más utilidad le produzca, sin necesidad del comun convenio.

Nada dicen las Partidas respecto al título mediante el cual se adquieren las servidumbres provenientes de contrato ó por última voluntad; pero no cabe duda en esta materia, porque la Ley Hipotecaria exige para el primero documento escrito, y no puede servir de base á la segunda más que el testamento.

Artículo 766.—Las servidumbres continuas se adquieren en virtud de título y posesion de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y las discontinuas por tiempo inmemorial.

ORÍGENES

Leyes 15 y 16, tít. XXXI, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 28 Junio 1860.
Sent. 25 Octubre 1866.
Sent. 17 Junio 1873.
Sent. 23 Febrero 1874.
Sent. 27 Febrero 1874.
Sent. 11 Marzo y 11 Abril 1874.

Para adquirir por prescripcion las servidumbres discontinuas, no basta el tiempo ordinario, sinó que se necesita la posesion inmemorial con los caractéres y requisitos especiales de esta posesion (Sents. 13 Enero 1860, 23 Junio 1862, 26 Octubre, 9 Noviembre 1865, y 12 Junio 1866).

La servidumbre debe considerarse limitada á lo que se justifique en legal forma (Sent. 18 Marzo 1867).

La ley 15, tít. XXXI, Partida 3.ª, no es aplicable en cuanto á la constitucion de una servidumbre de luces, al caso en que la pared sea medianera (Sent. 29 Marzo 1870).

Si se tratara de una servidumbre de paso, es necesario probar la libertad de la finca (Sentencia 28 Setiembre 1872).

Las leyes 14 y 15, tít. XXXI, Partida 3.ª, que tratan de los modos de constituirse las servi-

dumbres y del tiempo por que se ganan, no tienen aplicacion al caso en que la posesion no reune las condiciones legales que supone la segunda (Sent. 25 Enero 1861).

Si bien las servidumbres continuas se adquieren por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, ha de ser con la condicion de que el uso de ellas *se faga á buena fe, cuidando que hay derecho de lo facer* (Sent. 9 Febrero 1877).

No puede constituirse servidumbre en un solo predio y de propiedad de una sola persona (Sent. 15 Marzo 1860).

No habiendo predio sirviente, no es posible hacer declaracion alguna de servidumbre constituida por el trascurso del tiempo (Sent. 17 Setiembre 1866).

No habiéndose probado á juicio de la Sala sentenciadora la existencia de la servidumbre de acueducto, no puede decirse que se infringe la ley 15, tít. XXXI, Partida 3.ª, que establece el tiempo necesario para la prescripcion de este derecho, segun sea su uso continuo ó discontinuo (Sent. 13 Junio 1866).

Al que quiere utilizarse de una servidumbre incumbe probar que en efecto tiene derecho á ella (Sents. 12 Junio 1866, 1.º Diciembre 1864 y 13 Diciembre 1865).

A la Sala sentenciadora toca apreciar si se ha justificado bien la posesion de una servidumbre, cuya apreciacion debe prevalecer ínterin no se alegue contra ella alguna infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 1.º Junio 1866).

La accion confesoria fundada en el uso de una servidumbre desde tiempo inmemorial, exige por parte del actor la prueba de la posesion en que apoya su derecho (Sents. 17 Junio 1864 y 26 Noviembre 1864).

COMENTARIO

La prescripcion es un modo de adquirir las servidumbres por el lapso del tiempo mediante título.

No fué tratado este punto con toda claridad por el Derecho Romano. La ley Scritoria establecía que cualquiera que fuese el tiempo trascurrido, por el no uso no se pierda la libertad de los predios; mas andando el tiempo, los pretores admitieron por excepcion el derecho adquirido por el uso continuado, y nació la prescripcion para las servidumbres. Copió esto Justiniano, y á éste las Partidas, que, distinguiendo en la ley 15 las servidumbres continuas de las discontinuas dijeron: *De tal natura seyendo la servidumbre, que ficiesse servicio a otri cotidianamente, sin obra de aquel que la recibe; asi como si fuesse aguaducho que corriesse de fuente que nasciese en campo de alguno o otra semejante; si el vecino se sirve de esta agua, regando su heredad diez años, estando su dueño en la tierra, e non lo contradiciendo, o veinte, seyendo fuera della; e esto ficiese a buena fe, cuidando que avia derecho de lo facer, e non por fuerza, nin por ruego que oviese fecho al dueño de la fuente, o del campo por do pasaua, ganaria por este tiempo tal servidumbre. Esto mismo seria, si alguno oviese viga metida, o abriese finestra... o le contrallase que non alzase su casa... en cualquier destas servidumbres o otras semejantes, de que ome se aprovechase sin obra de cada dia se podria ganar por tanto tiempo, e en aquella manera, que de suso digimos del aguaducho. Mas las otras de que se ayudan los omes, para aprovechar, e labrar sus heredades, e sus edificios, que non usan dellas cada dia, mas a las veces, asi como senda o carrera, o via que oviesse en heredad de su vecino: o en agua que viniese una vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia: tales servidumbres, e las otras semejantes non se podrian ganar por el tiempo sobredicho; ante decimos que quien las quisiere aver por esta razon, ha menester que haya usado dellas, ellos, o aquellos de quien las ovieron, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo comenzaron a usar.*

Por lo prescrito en esta ley se ve que no basta el tiempo para prescribir, si á la vez no hay justo título y buena fe, pues en los actos de simple tolerancia no cabe prescripcion. Esto, sin embargo, ha dado lugar á dudas, porque consistiendo la servidumbre en no hacer ó permitir que otro haga, parece que un acto de tolerancia produce derechos; pero esto que pudiera admitirse en la prescripcion inmemorial, porque de ningun modo puede justificarse en muchas ocasiones más que por el tiempo, no sucede lo mismo en la prescripcion ordinaria, para la cual, ademas del tiempo, deberá atenderse al justo título y buena fe.

Ahora bien; ¿es esto lo que la ley dispone? No por cierto; establece como necesarios dichos requisitos, sin hacer distincion entre las prescripciones ordinarias y extraordinarias, cuya doctrina ha sido confirmada por algunos fallos del Tribunal Supremo, de suerte que á ella de-

hemos atenernos, aunque no desconocemos que la materia se prestaba á dudas.

Desde cuándo debe contarse el tiempo para la prescripcion, es punto estudiado anteriormente al distinguir las servidumbres afirmativas de las negativas. En las primeras se contará desde que empiecen á usarse, y en las segundas, desde que el dueño del predio dominante impide al del sirviente hacer uso de su libertad.

SECCION SEGUNDA

DE LAS SERVIDUMBRES URBANAS

Artículo 767.—Son servidumbres urbanas:

Primera. El derecho que puede tener un propietario de apoyar su casa ó columna sobre la columna ó casa del vecino.

Segunda. El de horadar la pared del vecino para colocar maderas ó vigas.

Tercera. El de abrir una ventana en la pared del vecino para tomar luz.

Cuarta. El de echar las aguas que se recogen en el tejado de una casa á la finca del vecino, por canales ó caños.

Quinta. El impedir que otro quite luz ó vistas levantando más su edificio.

Sexta. Y el de entrar á la propia casa por la casa ó predio del vecino.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XXXI, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Legalmente puede existir medianería sin pacto ni necesidad de construir sobre la línea divisoria (Sent. 22 Mayo 1865).

COMENTARIO

Despues de definir las servidumbres urbanas, la ley 2.ª enumera á continuacion sus diversas clases, y puesto que su definicion ya la conocemos, vamos á estudiarlas siguiendo el mismo órden en aquélla establecido.

Consiste la primera, llamada *oneris ferendi*, en el derecho de levantar una casa ó pared sobre el muro ó pared del vecino. Se ha considerado esta servidumbre como anómala, porque se obliga al dueño del muro á repararle, contra la regla de que las servidumbres no consisten jamas en hacer.

Para explicar esto se ha dicho que provenía dicha obligacion, de que á la estipulacion de la servidumbre seguía un pacto, por el que se obligaba el dueño del pilar ó pared á repararla y sostenerla; pero no cabe semejante pacto, y lo más verosímil, á nuestro entender, es que la servidumbre *oneris ferendi* lleva ya tras sí por práctica la obligacion del dueño de reparar la pared.

La servidumbre *tigni immittendi* es más frecuente, y tiene lugar cuando en la pared del vecino se apoyan las vigas ó maderos de una casa.

La de *altius non tollendi* es el derecho que tiene el dueño del predio dominante para que el del sirviente no levante su casa ó pared. No admite dificultad esta servidumbre; pero sí la tiene la de *altius tollendi*, porque es contraria á la naturaleza de la servidumbre el obligar á hacer ó á levantar más alto. Algunos han dicho que esto tiene por objeto el librar de los aires á otros edificios con lo que se levante, lo que no puede admitirse, porque no puede obligarse á hacer. Parladorio sostiene que esta servidumbre es *altius non tollendi* para el que la presta, y *altius tollendi* para el que la tiene. Ninguna de estas opiniones resuelve satisfactoriamente la cuestion, y, á nuestro modo de ver, es más acertada la opinion de los que dicen que, si estuviese prohibido por las ordenanzas municipales el levantar más de cierta altura los edificios, el que tuviere derecho para pasar de ese límite tendría á su favor la servidumbre *altius tollendi* respecto á los demas que no podian hacerlo.

Otras dos servidumbres urbanas son las llamadas *stillicidii* y *fluminis*, que consisten en el derecho que tiene el propietario de una casa

para echar en predio ajeno el agua recogida en el tejado, ya dejándola salir por las tejas en la primera, ya por canales en la segunda. En contraposicion á éstas, existen las llamadas *non recipiendi* y *recipiendi*; en cuanto á la primera, el dueño de un fundo tiene derecho á que no se arrojen en él las aguas recogidas en el contiguo, y en cuanto á la segunda han surgido las mismas dudas que en la de *altius tollendi*, cuya solucion es aplicable á este caso.

La servidumbre de luces (*luminum, nec luminibus officiatur*) es el derecho de abrir ventanas para tomar luz. Para esta servidumbre hay que tener en cuenta algunos principios. Calvo Pereira, en su obra de Arquitectura legal, es el que mejor ha tratado la materia, y dice que no pueden tomarse luces por pared medianera. Si la pared es propia, pueden abrirse ventanas siempre que el paraje por donde se tomen luces sea propio ó calle pública, porque si fuere ajeno era necesario pactar la servidumbre. Añade dicho autor, que para la buena armonía entre los propietarios, puede tomarse luz por solar ajeno por ventanas de tercia de alto y cuarta de ancho, colocadas á ocho piés de altura, y si se tatase de alumbrar habitaciones bajas, puede hacerse añadiendo á las ventanas una nariz que reciba la luz sin que permita ver la casa del vecino. Como estos actos son de simple tolerancia y á nadie perjudican, no crean derechos á favor de otra persona, y por tanto para que este derecho siguiese, el día que el dueño del solar quisiere edificar habría necesidad de constituir por pacto la servidumbre de luces.

A ésta se parece la de vistas (*prospectus, nec propectui officiatur*), áun cuando aquélla es para alumbrar tomando luces y ésta consiste en sufrir que el vecino tenga vistas sobre nuestro fundo. Tambien la conocieron los romanos; pero ni en su Derecho ni en el de las Partidas la hallamos reglamentada.

Esta servidumbre es de dos clases, de vistas rectas y oblicuas. Las primeras son las que se toman por pared paralela á la línea divisoria de dos predios, y las segundas las que se toman por pared perpendicular al predio ó á dicha línea. Veamos en qué consisten las primeras. No perteneciendo al dueño del edificio el solar que tiene delante, no se pueden tomar vistas sinó pactando la servidumbre y dejando entre casa y casa cierta distancia que el Proyecto de Código dice ha de ser de seis piés. Si la pared es medianera, es necesario el consentimiento del condueño, adoptándose las precauciones necesarias para la independencia de los predios en caso de convenio. Para las vistas oblicuas marca el Proyecto de Código la distancia de dos piés. Tales son las reglas que con arreglo á la práctica pueden darse en esta materia.

Las servidumbres de *projiciendi* y *protegendi* se parecen á la de *oneris ferendi*. La primera consiste en el derecho de sacar fuera de la fachada de una casa, un balcon, voladura, etc., sobre el área del vecino, y la segunda, en el derecho de hacer que sobre un predio sobresalga el tejado de otro para proteger al primero de la intemperie y evitar los daños que ésta pueda causar.

Por último, la ley habla tambien de la servidumbre, que consiste en dar entrada á una casa por la del vecino, en cuya servidumbre, así como en las anteriores, las reparaciones ú obras necesarias para su disfrute serán de cuenta de aquel en cuyo favor se hallen constituídas, por más que algunos admiten excepciones á este principio como ya hemos visto en la *oneris ferendi*.

La servidumbre de medianería no se conoció en Roma, porque las casas se edificaban separadas unas de otras y no había lugar á constituirla. Tampoco han tratado nuestros Códigos de ella, ni hay ley donde se haya consignado, por lo cual se rige por las ordenanzas ó usos locales y por convenios particulares.

Consiste en el derecho, que el dueño de una pared levantada para edificio, concede al que lo es de la finca contigua para aprovecharse de ella con el mismo objeto. Debe hacerse constar su constitucion en documento público ó privado, y á falta de título, se prueba su existencia por medio de presunciones ó señales. Se considera medianera la pared, cuando tiene por uno y otro lado la albardilla ó pared inclinada que generalmente se construye para defensa, y tambien cuando siendo de mampostería, tiene por ambos lados lo que comunmente se llama piedras pasaderas, de suerte que si éstas ó la albardilla estuvieren sólo por un lado, no se considerará la pared medianera.

No existiendo señal alguna, se presume existente esta servidumbre, segun el art. 512 del Proyecto de Código: 1.º, en las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto comun de elevacion; 2.º, en las paredes divisorias de los jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo; 3.º, en las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.

Los dueños de la pared deberán abonar su coste por iguales partes ó sólo de la que aprovechen cuando no lo hagan en toda su extension. Tal es la servidumbre llamada de medianería, basada generalmente en la utilidad recíproca de los predios contiguos.

SECCION TERCERA

DE LAS SERVIDUMBRES RÚSTICAS

Artículo 768. — Son servidumbres rústicas:

Primera. El derecho de senda, ó de pasar á pié ó á caballo por heredad ajena.

Segunda. El de carrera, ó de pasar con carretas y bestias cargadas.

Tercera. El de vía, cuya extension, si no se hubiere convenido, será de ocho piés de anchura en línea recta y diez y seis en las curvas, pudiendo usarse este derecho para el paso, y conduccion de carros, ganados y piedras ó arrastre de maderas.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XXXI, Partida 3.ª

COMENTARIO

Algunas dificultades ofrece la ley 3.ª por defecto de expresion al tratar de las servidumbres rústicas. El Derecho Romano las distinguía por su extension, y sin embargo no declaraba cuál había de ser más que en la *vía*. Las Partidas trataron de hacerlo, y despues de llamar servidumbre rústica á la *que ha un heredamiento en otro*, contando como de esta clase la senda, carrera y vía, dicen que mediante la primera puede un hombre pasar por heredad ajena á pié ó á caballo; teniendo la de carrera se pueden conducir bestias cargadas ó carros, y por último, en la vía puede pasar, conducir y servirse de ella conforme á la extension al principio estipulada, y no habiéndose convenido, deberá tener la vía ocho piés de anchura en línea recta y diez y seis en las curvas. Como vemos, nada dice la ley en cuanto á la extension de la senda y la carrera, y por esto la práctica, por regla general, fija dos piés para la primera y cuatro para la segunda con arreglo al uso de las mismas.

Artículo 769.—Se consideran igualmente como servidumbres rústicas:

Primera. El derecho de apacentar y de abrevar el ganado propio en heredad ajena.

Segunda. El de tener en predio ajeno la piedra, arena ó tierra necesarias para construccion ó industria.

Tercera. El de hacer pasar el agua por campo ajeno para regar el propio.

Cuarta. El de tomar agua de fuente sita en heredad vecina.

ORÍGENES

Leyes 4.ª á la 7.ª inclusive, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 5.ª y 6.ª, tít. II, libro VIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

La facultad del comun de vecinos de apacentar ganados en un monte, aprovechar bellota, casquillo y parte de la leña de su arbolado y utilizar la piedra necesaria para edificar, no constituye un conjunto de servidumbres, sinó verdadero condominio con los propietarios del suelo, leñas, etc. (Sent. 29 Abril 1878).

COMENTARIO

Del Derecho Romano copió la ley 6.ª de Partida las servidumbres de abrevadero y de pastos. Por la primera se aprovecha el pozo ó fuente situados en heredad ajena, para abrevar los ganados ó para uso de los trabajadores ó jornaleros; y por la segunda puede apacentarse el ganado de labor en el predio del vecino. El único dato preciso que la ley da para resolver las dudas que respecto al número y clase de ganado pudieran ocurrir, es el de abrevar el que esté destinado al cultivo de un predio; de suerte que los demas casos se resolverán prudencialmente ó por costumbre, si no hubiese contrato expreso.

Otra servidumbre hay establecida en las Partidas, que consiste en el derecho de sacar tierra, piedras, arena, etc., del predio ajeno, para la construccion de diversos objetos. Es muy fácil que esta servidumbre se convierta en usufructo si se le da mucha amplitud, y por eso conviene especificar al constituirla el objeto con que se piensa disfrutar.

Por último, las servidumbres de acueducto y de saca de agua consisten en la obligacion de dejar pasar el agua por nuestro campo para el riego del ajeno, y en permitir á otra persona el tomar agua de la fuente ó manantial situados en nuestro predio. El que tiene á su favor la servidumbre de acueducto debe cuidar á su costa el cauce, sin hacer obras que perjudiquen al predio sirviente, y si el agua corriese en pequeña cantidad, deberá ser conducida por cañería ó tubería puesta bajo tierra.

De todas estas servidumbres trata con mucha extension la ley de Aguas vigente; pero como ésta las impone forzosamente por razon de utilidad pública, y no rige para las servidumbres procedentes de contratos privados, hemos puesto aquí las establecidas en las leyes de Partida como servidumbres voluntarias, comprendiendo de este modo todo lo que sobre ellas dice el Derecho civil, para tratar separadamente de las impuestas por otras leyes.

SECCION CUARTA

COMO SE EXTINGUEN LAS SERVIDUMBRES

Artículo 770.—Las servidumbres se extinguen:

Primero. Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y del sirviente.

Segundo. Por la remision ó condonacion expresa ó tácita.

Tercero. Por el no uso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes en las urbanas; por el no uso de tiempo inmemorial en las rústicas continuas, y por el no uso durante veinte años en las discontinuas.

ORÍGENES

Leyes 16 y 17, tít. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 705 y 706 Cód. Francia.— 671 y 674 Cerdeña.—753 y 754 Holanda. —596 y 597 Bolivia.—495 y 496 Vaud.—284 y 285 Tesino.—558 Neufchatel.—626 y 628 Nápoles. —698 Zurich.—37, en su segunda parte, Baviera, todos los cuales marcan el tiempo de treinta años para la prescripcion; y diez entre presentes y veinte entre ausentes los arts. 785 y 802 Cód. Luisiana, y 664 y 666 Italia.—El art. 2279 Portugal dispone lo mismo que el nuestro, sin fijar tiempo para la prescripcion.—Leyes 1.ª y 7.ª, tít. VI; 10, tít. IV; 26 y 30, tít. II, lib. VIII, Digesto; 13, tít. XXXIV, lib. III, Código; 6.ª, tít. II, lib. VIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 23 Mayo 1873.

Las leyes relativas al modo de extinguirse las servidumbres suponen, como es natural, la existencia de las mismas, y no son, por tanto, aplicables aquéllas al caso en que no se ha probado que existan (Sent. 18 Enero 1861).

Comienza la interrupcion de la posesion en la servidumbre urbana, cuando el que la debe impide de algun modo su disfrute, creyendo de buena fe que tiene derecho para hacerlo, y no hay términos hábiles para suponer la libertad de una servidumbre por prescripcion ordinaria, faltando los requisitos esenciales de buena fe y justo título (Sent. 17 Junio 1862).

No existe remision tácita de una servidumbre urbana por el hecho de otorgarse licencia para edificar contra ella en el predio sirviente, si al impetrarla se ocultó la existencia de dicha servidumbre (Sent. citada 17 Junio 1862).

No vale el consentimiento de un intruso para quitar las servidumbres; es necesario el consentimiento expreso del dueño para ello (Sent. 28 Mayo 1873).

No tiene lugar la prescripcion en las servidumbres de luces, si no media algun hecho obs-

tativo por parte del que trate de adquirir ese derecho á ellas contra el que intente obstruirlas (Sents. 14 Mayo 1861 y 13 Julio 1878).

COMENTARIO

Tres son los modos marcados en la ley de Partida por los que se extinguen las servidumbres: consolidacion, remision y prescripcion. La consolidacion ó reunion de los derechos de servidumbre y propiedad, y la remision de aquel á quien se debe la primera, extinguen la carga que pesa sobre una finca, de tal manera, que no vuelve á existir si no es por nuevo pacto. Desde el momento que uno adquiere el derecho de servidumbre y el de propiedad, falta la condicion precisa para que aquélla exista, porque deja de estar constituída en cosa ajena, y por tanto, en sirviendo al mismo dueño del terreno sobre quien pesaba, se traduce en dominio pleno.

El tercer modo marcado en la ley para la extincion de las servidumbres, es el mismo que tambien hemos visto sirve para adquirirlas. Por el no uso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, prescriben las urbanas; tiempo que empieza á contarse desde que el dueño del predio sirviente impide de algun modo su disfrute, creyéndose de buena fe con derecho para hacerlo, segun sentencia del Tribunal Supremo. En las rústicas deben distinguirse las servidumbres continuas de las discontinuas; las primeras prescriben por tiempo inmemorial, y las segundas se pierden no usándolas por espacio de veinte años. No sabemos el motivo que habrá tenido la ley para exigir posesion inmemorial en las continuas, y el no uso por veinte años en las discontinuas, invirtiendo los términos establecidos para adquirirlas, y por tanto, limitándonos nosotros á hacer ver la diferencia, no trataremos de averiguar su razon. Baste, pues, saber que el abandono y pereza del hombre puede ser causa para que uno gane por el uso lo que otro descuida y desatiende, cuya circunstancia no ha podido ménos de tener en cuenta la ley, para declarar el derecho á favor de aquel que por su laboriosidad y trabajo, unido á la buena fe y justo título, se ha hecho acreedor á ello.

No hablan las Partidas de la destruccion de la cosa como modo de extinguirse las servidumbres; pero la imposibilidad física que resulta de que sigan existiendo cuando aquélla ha tenido lugar, ha sido bastante para que la práctica haya reconocido un modo más de extinguirse aquellos derechos.

Artículo 771.—Si la finca á cuyo favor estuviera constituída la servidumbre fuera de varios dueños en comun, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripcion respecto de los demas.

Igualmente no se extingue la servidumbre por remision, como no sea de acuerdo y con el beneplácito de todos los condueños.

ORÍGENES

Leyes 17 y 18, *tít.* XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su primera parte con: Art. 757 Cód. Holanda.—797 Luisiana.—598 Bolivia.—499 Vaud.—647 Friburgo.—287 Tesino.—560 Valais.—562 Neufchatel.—671 Italia.—2281 Portugal.—Leyes 15, tít. VI; 30, tít. II, lib. VIII, Digesto.

COMENTARIO

Segun lo dispuesto en estas leyes, cuando el predio dominante pertenece á varios dueños, el uso de uno de ellos impide la prescripcion, á no ser que la heredad estuviere dividida con señalamiento de partes, en cuyo caso el que no use la servidumbre por el tiempo marcado, perderá su parte, porque entónces no existe verdadero condominio sinó que son diversas propiedades.

CAPÍTULO IV

DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES

SECCION PRIMERA

DE LAS SERVIDUMBRES EN MATERIA DE AGUAS

§ I

Servidumbres naturales.

Artículo 772.—Los terrenos inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente, sin obra de hombre, fluyen de las superiores, así como la piedra ó tierra que arrastran en su curso. Pero si las aguas fuesen producto de alumbramiento artificial ó sobrantes de acequias de riego ó procedentes de establecimientos industriales que no hayan adquirido esta servidumbre, tendrá el dueño del predio inferior derecho á exigir resarcimiento de daños y perjuícios.

Los dueños de predios ó establecimientos inferiores podrán oponerse á recibir los sobrantes de establecimientos industriales que arrastren ó lleven en disolucion sustancias nocivas introducidas por los dueños de éstos.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XXXII, Partida 3.ª
Art. 69 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 640 Cód. Francia.—673 Holanda. — 475 Austria. — 426 con adiciones Vaud.—610 Friburgo.—223 y 224 con adiciones Tesino.—478 id. Valais.—490 id. Neufchatel.—536 Italia.—2282 Portugal.—551 Cerdeña.—656 Luisiana.—562 Nápoles.—Ley 2.ª, tít. III, libro XXXIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Los cauces ó acequias por donde se conducen las aguas que sirven de motor á cualquier clase de maquinaria, no pertenecen á los dueños de las artefactos en cuyo beneficio se hayan construído ó abierto, miéntras no se pruebe legalmente; y no existiendo esta prueba, sólo les corresponde la servidumbre de acueducto con sus consecuencias, ó sea con el derecho de impedir que los poseedores ribereños les disminuyan el caudal de agua que necesitan para el servicio de aquéllos (Sent. 9 Junio 1865).

La doctrina consignada en las sentencias de 30 de Junio y 26 de Noviembre de 1864, 9 de Noviembre 1865 y 13 de Octubre de 1866, se refieren á las servidumbres voluntarias, y no tienen aplicacion á las naturales que provienen de la ley y se han determinado por la posicion de los terrenos respectivos (Sent. 2 Julio 1877).

Las leyes 14 y 15, tít. XXVIII, Partida 3.ª, no tienen aplicacion al pleito cuya sentencia se funda en la ley 13, tít. XXXII, Partida 3.ª, para declarar la existencia de la servidumbre natural de desagüe que debe un ingenio á otro (Sentencia 2 Julio 1877).

Segun la ley 14, tít. XXXII, Partida 3.ª, el

dueño de la heredad más baja debe sufruir el daño que le cause el agua que corra de la que está más alta, y *non se puede quejar con derecho de aquellos cuyas fuessen* (Sent. 2 Julio 1878).

Artículo 773. — Si en cualquiera de los casos del artículo precedente, que confieren derecho de resarcimiento al predio inferior, le conviniese al dueño de éste dar inmediata salida á las aguas para eximirse de la servidumbre, sin perjuício para el superior ni para tercero, podrá hacerlo á su costa, ó bien aprovecharse eventualmente de las mismas aguas, si le acomodase, renunciando entre tanto al resarcimiento.

ORÍGENES

Art. 70 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 774.—El dueño del predio inferior ó sirviente tiene tambien derecho á hacer, dentro de él, ribazos, malecones ó paredes que, sin impedir el curso de las aguas, sirvan para regularizarlas ó para aprovecharlas en su caso.

ORÍGENES

Ley 13, tít. XXXII, Partida 3.ª
Art. 71 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Las leyes anteriores á 1845 no concedían derecho para alterar el curso de las aguas ni para aprovecharlas, aunque se hubiesen hecho obras en el álveo del río, si no se había obtenido previamente el permiso de la Administracion (Sentencia 29 Marzo 1852).

Las leyes 13 y 18, tít. XXXII, Partida 3.ª, sólo dan derecho al aprovechamiento de aguas que bajan por un cauce, cuando no hay daño de tercero (Sent. 9 Junio 1865).

Artículo 775.—Del mismo modo puede el dueño del predio superior ó dominante construir, dentro de él, ribazos, malecones ó paredes que, sin gravar la servidumbre del predio inferior, suavicen las corrientes de las aguas, impidiendo que arrastren consigo la tierra vegetal ó causen desperfectos en la finca.

ORÍGENES

Leyes 13 y 14, tít. XXXII, Partida 3.ª
Art. 72 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 1.ª y 2.ª, tít. III, libro XXXIX, Digesto.

Artículo 776.—Cuando el dueño de un predio varíe la salida de las aguas procedentes de alumbramientos, segun los artículos 557 y 773, y con ello se irrogare daño á tercero, podrá éste exigir indemnizacion ó resarcimiento. No se reputa daño el contrariar ó suprimir el aprovechamiento de las aguas sobrantes á los que sólo eventualmente las disfruten.

ORÍGENES

Leyes 13, 14, 16 y 17, tít. XXXII, Partida 3.ª
Art. 73 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 2.ª, párr. 5.º, tít. III, lib. XXXIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Cuando se pretende que se condene al demandado á cerrar una abertura que hizo en pared divisoria para dar salida á las aguas pluviales de su casa, y á que en lo sucesivo se abstenga de hacer el desagüe por la finca del demandante, se ejercita propiamente una accion negatoria, y es congruente la declaracion de que este último no debe tolerar dicha servidumbre (Sent. 9 Abril 1861).

Cuando la Sala aprecia por las pruebas que no han causado alteracion en las aguas las obras hechas, no infringe la sentencia la ley 26, título XXXII, Partida 3.ª (Sent. 31 Marzo 1876).

Artículo 777. —Cuando el agua acumule en un predio piedra, broza ú otros objetos

que, embarazando su curso natural, puedan producir embalse con inundaciones, distraccion de las aguas ú otros daños, los interesados podrán exigir del dueño del predio que remueva el estorbo ó les permita removerlo. Si hubiese lugar á indemnizacion de daños será á cargo del causante.

ORÍGENES

Ley 15, tít. XXXII, Partida 3.ª
Art. 74 Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2284 Cód. Portugal.—Ley 11, párr. 6.º, tít. III, lib. XXXIX, Digesto.

§ II

De la servidumbre de acueducto.

Artículo 778.—Puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto para la conduccion de aguas destinadas á algun servicio público que no exija la expropiacion de terrenos. Corresponde al Ministro de Fomento decretar la servidumbre en las obras de cargo del Estado, y al gobernador de la provincia en las provinciales y municipales, con arreglo á los trámites que prescribe el reglamento.

ORÍGENES

Art. 75 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 779.—Si el acueducto hubiese de atravesar vías comunales, concederá el permiso el alcalde, y cuando necesitase atravesar vías ó cauces públicos le concederá el gobernador de la provincia, en la forma que prescribe el reglamento. Cuando tuviese que cruzar canales de navegacion ó ríos navegables y flotables otorgará el permiso el Gobierno.

ORÍGENES

Art. 76 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 780.—Puede imponerse tambien la servidumbre forzosa de acueducto para objetos de interes privado, en los casos siguientes:

Primero. Establecimiento ó aumento de riegos.

Segundo. Establecimiento de baños y fábricas.

Tercero. Desecacion de lagunas y terrenos pantanosos.

Cuarto. Evasion ó salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales.

Quinto. Salidas de aguas de escorrentías y drenajes.

En los tres primeros casos puede imponerse la servidumbre, no sólo para la conduccion de las aguas necesarias, sinó tambien para la evasion de los sobrantes.

ORÍGENES

Art. 77 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Para que pueda imponerse la servidumbre forzosa de acueducto, con algun objeto de interes privado en los casos que determina el artículo 118 de la ley de Aguas de 1866 (77 de la de 13 Junio 1879), es indispensable que el que la solicite sea dueño del agua que intente utilizar (Sent. 7 Mayo 1870).

Artículo 781.—Al gobernador de la provincia corresponde en los casos del artículo anterior otorgar y decretar la servidumbre de acueducto.

Los que se sintieren perjudicados con las resoluciones del gobernador, podrán interponer el recurso de alzada ante el Ministerio de Fomento en el plazo de treinta días, y apelar en su caso á la vía contenciosa, conforme á lo establecido en el art. 722.

ORÍGENES

Art. 78 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Cuando en una cuestion de servidumbre de acueducto no aparece interesado derecho alguno comunal, y sí sólo el privado de las partes, su conocimiento corresponde á los tribunales ordinarios (Sent. 4 Marzo 1862).

El negar una servidumbre de acueducto no es desconocer la naturaleza y diversas clases de esa especie de derecho real, cuando se constituye legítimamente (Sent. 9 Febrero 1877).

Artículo 782.—En todo caso deberá preceder al decreto de constitucion de las servidumbres la instruccion de expediente justificativo de la utilidad de la que se intente imponer, con audiencia de los dueños de los predios que hayan de sufrir el gravámen y la de los municipios ó provincias en que radican en cuanto á éstas ó al Estado afecte la resolucion.

ORÍGENES

Art. 79 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 783.—El dueño del terreno sobre que trate de imponerse la servidumbre forzosa de acueducto, podrá oponerse por algunas de las causas siguientes:

Primera. Por no ser el que la solicite dueño ó concesionario del agua ó del terreno, en que intente utilizarla para objeto de intereses privados.

Segunda. Por poderse establecer sobre otros predios con iguales ventajas para el que pretenda imponerla y menores inconvenientes para el que haya de sufrirla.

ORÍGENES

Art. 80 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 784.—Si la oposicion se fundase en la primera de las causas que se expresan en el artículo anterior, y al hacerla se acompañase justificacion documentada de su existencia, podrá suspenderse el curso del expediente administrativo, miéntras los tribunales ordinarios no decidan la cuestion de propiedad.

Si la oposicion fuese de segunda categoría ó hecha en otra forma, se tramitará y resolverá con audiencia de los interesados. En toda concesion de servidumbre se entenderá reservado el ejercicio de la vía contenciosa á las personas á quienes el gravámen afecte en su derecho.

ORÍGENES

Art. 81, Ley 13 Junio 1879.

Artículo 785.—Cuándo para objetos de interes público se solicitase por particulares la imposicion de servidumbre forzosa de acueducto, se procederá en la tramitacion de las solicitudes de la manera que previene el reglamento para la ejecucion de la presente ley.

ORÍGENES

Art. 82 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 786.—No puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto para objetos de interes privado, sobre edificios ni sobre jardines ni huertas existentes al tiempo de hacerse la solicitud.

ORÍGENES

Art. 83 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 787.—Tampoco podrá tener lugar la servidumbre forzosa de acueducto por dentro de otro acueducto preexistente; pero si el dueño de éste la consintiere y el dueño del predio sirviente se negare, se instruirá el oportuno expediente para obligar al del predio á avenirse al nuevo gravámen, previa indemnizacion, si se le ocupare mayor zona de terreno.

ORÍGENES

Art. 84 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 788.—Cuando un terreno de regadío que recibe el agua por un solo punto se divida por herencia, venta ú otro título entre dos ó más dueños, los de la parte superior quedan obligados á dar paso al agua como servidumbre de acueducto para riego de las inferiores, sin poder exigir por ella indemnizacion, á no haberse pactado otra cosa.

ORÍGENES

Art. 85 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 789.—La servidumbre forzosa del acueducto se constituirá:

Primero. Con acequia abierta, cuando no sea peligrosa por su profundidad ó situacion, ni ofrezca otros inconvenientes.

Segundo. Con acequia cubierta, cuando lo exijan su profundidad, su contigüidad á habitaciones ó caminos, ó algun otro motivo análago, ó á juício de la autoridad competente.

Tercero. Con cañería ó tubería, cuando puedan ser absorbidas otras aguas ya apropiadas, cuando las aguas conducidas puedan inficionar á otras ó absorber sustancias nocivas, ó causar daños á obras ó edificios, y siempre que resulte necesario del expediente que al efecto se forme.

ORÍGENES

Art. 86 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 790.—La servidumbre forzosa de acueducto puede establecerse temporal ó perpetuamente. Se entenderá perpetua para los efectos de esta ley, cuando su duracion exceda de seis años.

ORÍGENES

Art. 87 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 791.—Si la servidumbre fuera temporal, se abonará previamente al dueño del terreno el duplo del arriendo correspondiente á la duracion del gravámen por la parte que se ocupa, con la adicion del importe de los daños y desperfectos para el resto de la finca, incluso los que procedan de su fraccionamiento por interposicion de la acequia. Ademas será de cargo del dueño del predio dominante el reponer las cosas á su antiguo estado terminada la servidumbre. Si ésta fuese perpetua se abonará el valor del terreno ocupado, y el de los daños ó perjuícios que se causaren al resto de la finca.

ORÍGENES

Art. 88 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 792.—La servidumbre temporal no puede prorogarse, pero sí convertirse en perpetua, sin necesidad de nueva concesion, abonando el concesionario lo establecido en el artículo anterior, previa deduccion de lo satisfecho por la servidumbre temporal.

ORÍGENES

Art. 89 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 793.—Serán de cuenta del que haya promovido y obtenga la servidumbre de acueducto, todas las obras necesarias para su construccion, conservacion y limpia. Al efecto, se le autorizará para ocupar temporalmente los terrenos indispensables para el depósito de materiales, previa indemnizacion de daños y perjuícios, ó fianza suficiente en el caso de no ser éstos fáciles de prever, ó no conformarse con ella los interesados. Estos ó la Administracion podrán compelerle á ejecutar las obras y mondas necesarias, para impedir estancamientos ó filtraciones que originen deterioros.

ORÍGENES

Art. 90 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

Las operaciones de limpia y obras de conservacion de acueductos son una consecuencia indeclinable de la misma servidumbre, que en nada la modifican (Sent. 21 Noviembre 1862).

Artículo 794.—Al establecerse la servidumbre forzosa de acueducto, se fijará, en vista de la naturaleza y configuracion del terreno, la anchura que deben tener la acequia y sus márgenes, segun la cantidad de agua que habrá de ser conducida.

ORÍGENES

Art. 91 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 795.—A la servidumbre forzosa de acueducto es inherente el derecho de paso por sus márgenes para su exclusivo servicio.

ORÍGENES

Art. 92 Ley 13 Junio 1879.

Art. 796.—Si el acueducto atravesase vías

públicas ó particulares de cualquier naturaleza que sean, quedará obligado el que haya obtenido la concesion, á construir y conservar las alcantarillas y puentes necesarios; y si hubiese de atravesar otros acueductos, se procederá de modo que no retarde ni acelere el curso de las aguas, ni disminuya su caudal ni adultere su calidad.

ORÍGENES

Art. 93 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 797.—Cuando el dueño de un acueducto que atravesase tierras ajenas solicite aumentar su capacidad para que reciba mayor caudal de agua, se observarán los mismos trámites que para su establecimiento.

ORÍGENES

Art. 94 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 798.—El dueño de un acueducto podrá fortificar sus márgenes con céspedes, estacadas, paredes ó ribazos de piedra suelta, pero no con plantaciones de ninguna clase. El dueño del predio sirviente tampoco podrá hacer plantacion ni operacion alguna de cultivo en las mismas márgenes; y las raíces que penetren en ellos podrán ser cortadas por el dueño del acueducto.

ORÍGENES

Art. 95 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 799.—La servidumbre de acueducto no obsta para que el dueño del predio sirviente pueda cerrarlo y cercarlo, así como edificar sobre el acueducto mismo, de manera que éste no experimente perjuício ni se imposibiliten las reparaciones y limpias necesarias. Las hará oportunamente el dueño del acueducto, dando aviso anticipado al dueño, arrendatario ó administrador del predio sirviente. Si para la limpieza y monda fuese preciso demoler parte de algun edificio, el coste de su reparacion será de cargo de quien hubiese edificado sobre el acueducto, en caso de no haber dejado las correspondientes aberturas ó boquetes para aquel servicio.

ORÍGENES

Art. 96 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 800.—El dueño de un predio sirviente podrá construír sobre el acueducto puentes para pasar de una á otra parte del predio; pero lo hará con la solidez necesaria y de manera que no se amengüen las dimensiones del acueducto ni se embarace el curso del agua.

ORÍGENES

Art. 97 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 801.—En toda acequia ó acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad ó edificio á que van destinadas las aguas.

ORÍGENES

Art. 98 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 802.—Nadie podrá, sinó en los casos de los arts. 799 y 800 (96 y 97 de la ley) construir edificio ni puente sobre acequia ó acueducto ajeno, ni derivar agua, ni aprovecharse de los productos de ella ni de los de sus márgenes, ni utilizar la fuerza de la corriente, sin expreso consentimiento del dueño.

Tampoco podrán los dueños de los predios que atravesase una acequia ó acueducto, ó por cuyos linderos corriese, alegar derecho de posesion al aprovechamiento de su cauce ni márgenes, á no fundarse en títulos de propiedad expresivos de tal derecho. Si por ser la acequia de construccion inmemorial, ó por otra causa, no estuviese bien determinada la anchura de su cauce, se fijará segun el art. 794 (91 de la ley) cuando no hubiese restos y vestigios antiguos que la comprueben.

En las acequias pertenecientes á comunidades de regantes, se observará sobre el aprovechamiento de las corrientes y de los cauces y márgenes lo prescrito en las ordenanzas municipales.

ORÍGENES

Art. 99 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

No infringe la ley 7.ª, tít. XXIX, Partida 3.ª, la sentencia que sancione la posesion inmemorial y aprovechamiento exclusivo de ciertas aguas, porque es una verdad jurídica que siempre se ha ganado por el tiempo (Sent. 13 Diciembre 1875).

Artículo 803.—La concesion de la servidumbre legal de acueducto sobre los predios ajenos, caducará si dentro del plazo que se hubiere fijado no hiciese el concesionario uso de ella, despues de completamente satisfecha al dueño de cada predio sirviente la valoría, segun el art. 791 (88 de la ley).

La servidumbre ya establecida se extinguirá:

Primero. Por consolidacion, ó sea reuniéndose en una sola persona el dominio de las aguas y el de los terrenos afectos á la servidumbre.

Segundo. Por espirar el plazo menor de diez años, fijado en la concesion de la servidumbre temporal.

Tercero. Por el no uso durante el tiempo de veinte años, ya por imposibilidad ó negligencia de parte del dueño de la servidumbre, ya por actos del sirviente contrario á ella, sin contradiccion del dominante.

Cuarto. Por enajenacion forzosa por causa de utilidad pública.

El uso de la servidumbre de acueducto por cualquiera de los condóminos, conserva el derecho para todos, impidiendo la prescripcion por falta de uso.

Extinguida una servidumbre temporal de acueducto por el trascurso del tiempo y vencimiento del plazo, el dueño de ella tendrá solamente derecho á aprovecharse de los materiales que fuesen suyos volviendo las cosas á su primitivo estado. Lo mismo se entenderá respecto del acueducto perpetuo, cuya servidumbre se extinguiere por no posibilidad ó desuso.

ORÍGENES

Art. 100 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 804.—Las servidumbres urbanas de acueducto, canal, fuente, cloaca, sumidero y demas establecidas para el servicio público y privado de las poblaciones, edificios, jardines y fábricas, se regirán por las Ordenanzas generales y locales de policía urbana. Las procedentes de contratos privados que no afecten á las atribuciones de los cuerpos municipales se regirán por las leyes comunes.

ORÍGENES

Art. 101 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

La ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866 trata sólo de la servidumbre forzosa de acueducto y no distinguen sus artículos entre servidumbre forzosa de acueducto continua y discontinua, no siendo aplicables sus disposiciones al caso de servidumbres libremente pactadas (Sent. 9 Febrero 1876).

La ley de Aguas no tiene aplicacion á los derechos privados (Sent. 19 Diciembre 1877).

COMENTARIO

El grande interes é importancia que tiene para la agricultura y la industria la servidumbre de acueducto, movió al legislador á decretar su imposicion en todos aquellos casos que la necesidad y utilidad lo requirieran. Este es el objeto de los artículos apuntados de la ley de 13 de Junio de 1878. En ellos se dan en primer lugar las reglas conforme á las cuales debe constituirse la servidumbre forzosa de acueducto, y á la vez se fijan los casos en que el dueño de los terrenos donde se constituya puede resistirla, con el objeto de cerrar la puerta á toda arbitrariedad y proteger los derechos particulares. Se determina el modo de conducir el agua, bien sea por acequias abiertas cuando es en despoblado, cerradas en las poblaciones y cuando la cantidad del agua sea grande, ó por tubería ó cañería si fuere pequeña aquélla, pidiendo el correspondiente permiso á la autoridad competente cuando hubiere necesidad de atravesar vias públicas. Fíjanse tambien las obras que pueden hacer los dueños de los terrenos en que se halle constituida la servidumbre, los efectos que ésta produce, y por último, los modos de extinguirse.

§ III

De la servidumbre de estribo de presa, y de parada ó partidor.

Artículo 805.—Puede imponerse la servidumbre forzosa de estribo, cuando el que intente construir una presa no sea dueño de las riberas ó terrenos donde haya de apoyarlas, y el agua que por ella deba tomar se destine á un servicio público ó de interes privado de los comprendidos en el artículo 780 (77 de la ley).

ORÍGENES

Art. 102 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 806.—Las concesiones para esta clase de servidumbres se otorgarán por la Administracion en la forma y segun los términos prescritos en la seccion primera de este capítulo.

ORÍGENES

Art. 103 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 807.—Decretada la servidumbre forzosa de estribo de presa, se abonará al dueño del predio ó predios sirvientes el valor que por la ocupacion del terreno corresponda, y despues se le indemnizará de los daños y perjuícios que pudieran haber experimentado las fincas.

ORÍGENES

Art. 104 Ley 13 Junio 1879.

JURISPRUDENCIA

La cesion de aguas que entran por un puerto y presa hecha en favor de un tercero, no impone al cedente otra obligacion que facilitar las que pasen naturalmente y nada más; sin que sea responsable de la escasez de las mismas, como no se deba á descuidos ó abusos por su parte (Sent. 30 Junio 1860).

No probándose que la presa hecha tiene más altura, ni que los reparos practicados en la misma por el demandado perjudican al actor, no se infringe la ley 4.ª, tít. XXXI, Partida 3.ª, ni los artículos de la ley de Aguas (Sent. 22 Enero 1876).

Artículo 808.—El que para dar riego á su heredad ó mejorarla necesite construir parada ó partidor en la acequia ó regadera por donde haya de recibirlo, sin vejámen ni mermas á los demas regantes, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construccion previo abono de daños y perjuícios, inclusos los que se originen en la nueva servidumbre.

ORÍGENES

Art. 105 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 809.—Si los dueños de las márgenes se opusieran, el alcalde, despues de oirlos, y al sindicato encargado de la distribucion del agua, si lo hubiese, ó por falta de éste al Ayuntamiento, podrá conceder el permiso. De la resolucion del alcalde cabrá recurso ante el gobernador de la provincia.

ORÍGENES

Art. 106 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

Grandes serían los perjuicios para los particulares y para la agricultura en general si por no ser dueños aquéllos de las riberas de los ríos no pudieran construirse las presas y paradas necesarias para el aprovechamiento de las aguas. Por esto la ley de 1866 primero, y luégo la de 1879, han impuesto la servidumbre forzosa de estribo sobre aquellos predios ribereños donde sea necesario apoyar la presa para aprovechar las aguas. Inútil sería la misma servidumbre de acueducto sin la de estribo, y lo que decimos de ésta es aplicable igualmente á la de parada ó partidor, necesario para subdividir las aguas por los campos de regadío, de modo que puedan ser regadas todas las tierras.

Una y otra se constituyen con arreglo á las prescripciones y reglas establecidas para la de acueducto, debiendo abonarse á los dueños de los predios sirvientes el valor del terreno ocu-

pado y los daños ó perjuicios que se ocasionen en las fincas, daños que deberán ser indemnizados á los que los sufrieren, ademas de los que pudieran originarse por razon de la nueva servidumbre, cuando el dueño de una heredad constituyera parada ó partidor en la acequia por donde recibe el agua.

§ IV

De la servidumbre de abrevadero y de saca de agua.

Artículo 810.—Las servidumbres forzosas de abrevadero y de saca de agua solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna poblacion ó caserío, previa la correspondiente indemnizacion.

ORÍGENES

Art. 107 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 811.—No se impondrán en lo sucesivo estas servidumbres sobre los pozos ordinarios, las cisternas ó aljibes ni los edificios ó terrenos cercados con pared.

ORÍGENES

Art. 108 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 812.—Las servidumbres de abrevadero y de saca de agua llevan consigo la obligacion, en los predios sirvientes, de dar paso á personas y ganados hasta el punto donde hayan de ejercerse aquéllas; debiendo ser extensiva á este servicio la indemnizacion.

ORÍGENES

Art. 109 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 813.—Son aplicables á las concesiones de esta clase de servidumbres las prescripciones que se dejan establecidas para el otorgamiento de las de acueducto; al decretarlas se fijará, segun su objeto y las circunstancias de la localidad, la anchura de la vía ó senda que haya de conducir al abrevadero ó punto destinado para sacar agua.

ORÍGENES

Art. 110 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 814.—Los dueños de los predios sirvientes podrán variar la direccion de la vía ó senda destinada al uso de estas servidumbres; pero no su anchura ni entrada, y en todo caso sin que la variacion perjudique el uso de la servidumbre.

ORÍGENES

Art. 111 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

Las servidumbres de abrevadero y de saca de agua tienen tambien su carácter público, que unido á la conveniencia de aumentar la poblacion rural, tan necesaria para el cultivo, han hecho que la ley las comprendiese igualmente entre las servidumbres forzosas. Conforme, pues, á los anteriores artículos, pueden imponerse solamente por causa de utilidad pública en favor de alguna poblacion ó caserío, previa la correspondiente indemnizacion. Ahora bien, como este derecho de aprovechar el agua de una heredad ajena, supone la obligacion en los predios sirvientes de dar paso á personas y ganados hasta donde el agua se encuentre, la indemnizacion se extenderá igualmente á los perjuicios que tengan lugar por este motivo.

En cuanto á los modos de constituirse, son los mismos que en la servidumbre de acueducto, teniendo en cuenta que por expresa disposicion de la ley, no podrán imponerse sobre los pozos ordinarios, las cisternas ó aljibes, ni en los edificios ó terrenos cercados con pared.

§ V

De la servidumbre de camino de sirga y demas inherentes á los predios ribereños.

Artículo 815.—Los predios contiguos á las riberas de los ríos navegables ó flotables están sujetos á la servidumbre de camino de sirga. La anchura de éste será de un metro si se destinara á peatones, y de dos si á caballerías. Cuando lo escarpado del terreno ú otros obstáculos lo exijan, el camino de sirga se abrirá por el sitio más conveniente; pero en este caso, y siempre que el camino penetre en las propiedades colindantes más de la zona señalada al camino de sirga, se abonará á los dueños de aquéllos el valor del terreno que se ocupe.

ORÍGENES

Art. 112 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 816.—El Gobierno, al clasificar los ríos navegables y flotables, determinará la márgen del mismo por donde haya de llevarse en cada sitio el camino de sirga.

ORÍGENES

Art. 113 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 817.—En los ríos que en lo sucesivo adquieran las condiciones de navegables ó flotables por virtud de obras que en ellos se ejecuten, precederá al establecimiento del camino de sirga la correspondiente indemnizacion, con arreglo á la ley de expropiacion forzosa.

ORÍGENES

Art. 114 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 818.—Cuando un río navegable ó flotable deje permanentemente de serlo, cesará tambien la servidumbre del camino de sirga.

ORÍGENES

Art. 115 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 819.—La servidumbre de camino de sirga es exclusiva para el servicio de la navegacion y flotacion fluvial.

ORÍGENES

Art. 116 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 820.—Para los canales de navegacion no se impondrá la servidumbre de sirga sinó en caso de acreditarse su necesidad.

ORÍGENES

Art. 117 Ley 13 Junio 1879.

Art. 821.—En el camino de sirga no podrán hacerse plantaciones, siembras, cercas, zanjas ni otras obras ó labores que embaracen su uso. El dueño del terreno podrá, no obstante, aprovecharse exclusivamente de las leñas bajas ó hierbas que naturalmente se crien en ella.

ORÍGENES

Art. 118 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 822.—Las ramas de los árboles que ofrezcan obstáculos á la navegacion ó flotacion y al camino de sirga, serán cortadas á conveniente altura.

ORÍGENES

Art. 119 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 823.—Los predios ribereños están sujetos á la servidumbre de que en ellos se sujeten ó afiancen las maromas ó cables necesarios para el establecimiento de barcas de paso, previa indemnizacion de daños y perjuicios, así como á consentir el amarre accidental, en casos extremos, de embarcaciones ú objetos flotantes de tránsito, indemnizando tambien.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Art. 120 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 824.—Si para precaver que las avenidas arrebaten las maderas ú objetos conducidos á flote por los ríos fuere necesario extraerlas y depositarlas en los predios ribereños, los dueños de éstos no podrán impedirlo, y sólo tendrán derecho al abono de daños y perjuícios. A él quedarán especialmente responsables las maderas ú objetos, los cuales no se retirarán sin que sus conductores hayan pagado ó prestado fianza.

ORÍGENES

Art. 121 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 825.—Tambien están sujetos los predios ribereños á consentir que se depositen en ellos las mercancías descargadas y salvadas en caso de avería, naufragio ú otra necesidad urgente, quedando responsables las mismas al abono de daños y perjuícios en los términos del artículo anterior.

ORÍGENES

Art. 122 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 826.—Los dueños de las márgenes de los ríos están obligados á permitir que los pescadores tiendan y sequen en ellas sus redes, y depositen temporalmente el producto de la pesca, sin internarse en la finca ni separarse más de tres metros de la orilla del río, segun el art. 405 (36, de la ley), á ménos que los accidentes del terreno exijan en algun caso la fijacion de mayor anchura. Donde no exista la servidumbre de tránsito por las márgenes para los aprovechamientos comunes de las aguas podrá el gobernador establecerla, señalando su anchura, prévia la indemnizacion correspondiente.

ORÍGENES

Leyes 3.ª y 6.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Art. 123 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 827.—Cuando los cauces de los ríos ó barrancos hayan de desbrozarse y limpiarse de arena, piedras ú objetos depositados por las aguas, que obstruyendo ó torciendo su curso amenacen con sus daños, se someterán los predios ribereños á la servidumbre temporal y depósito de las materias extraídas, abonándose los daños y perjuícios, ó dándose la oportuna fianza.

ORÍGENES

Art. 124 Ley 13 Junio 1879.

Artículo 828.—El establecimiento de todas estas servidumbres, incluso la de tránsito por las márgenes, para aprovechamientos comunes de las aguas, compete á la administracion en los grados y términos que queda previsto para los de la seccion 1.ª de este capítulo.

ORÍGENES

Art. 125 Ley 13 Junio 1879.

COMENTARIO

Considerados los ríos como vías de comunicacion, era necesario consignaran las leyes entre las servidumbres forzosas, la de camino de sirga, conocida desde la más remota antigüedad como uno de los medios de facilitar la navegacion. Inútil sería este servicio de los ríos, si no se estableciera esa servidumbre en las riberas de los destinados á la navegacion y flotacion. Unicamente para este objeto debe constituirse, el cual quedará desnaturalizado si con otro fin se hace; no deben, por tanto, usar del camino de sirga los dueños de los terrenos ribereños, ni los que se dirijan al río para otros usos, así como no deben hacerse obras ni plantaciones que embaracen su uso, cuya prohibicion se hallaba ya consignada por las Partidas, porque *non es cosa guisada que el pro de todos los omes comunalmente se estorbe por el pro de alguno*, segun se expresaba la ley 8.ª, título XXVIII, de la Partida 3.ª

De la misma manera son forzosas una porcion de servidumbres, por las cuales los dueños de los predios ribereños deben permitir que en las riberas se aten y compongan las naves, se sequen las redes de pescar y otras semejantes consignados igualmente en las Partidas, todas las cuales deberán sujetarse en cuanto á su constitucion, á las reglas establecidas para la servidumbre forzosa de acueducto.

SECCION SEGUNDA

DE OTRAS LIMITACIONES DEL DOMINIO

Artículo 729.—Nadie puede edificar ni plantar cerca de las plazas fuertes, fortalezas y castillos, sin cumplir las condiciones exigidas por las ordenanzas y reglamentos especiales del ramo.

ORÍGENES

Leyes 22 y 24, tít. XXXII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 9.ª, tít. X, lib. VIII, Código Romano.

COMENTARIO

Para seguridad del Estado, se consignaron ya en las Partidas algunas disposiciones que tenian por objeto el prohibir la edificacion cerca de las plazas fuertes y fortalezas. La distancia que debía haber entre éstas y las obras que se ejecutasen, era la de quince piés; pero el descubrimiento de la pólvora y los adelantos de la guerra, han hecho necesarias mayores distancias; ademas, han cambiado tanto las circunstancias y el modo de ser de los pueblos, que hoy sería insuficiente lo dispuesto en las Partidas sobre esta materia, y hay que acudir, cuando de ella se trata, á leyes y reglamentos especiales. Por el art. 10, tít. II, tratado VI de las Ordenanzas militares, se dispuso ya que no permitiesen los gobernadores construir casas, ni reparar las ya edificadas en la circunferencia y distancia de 1.500 varas de las fortificaciones: por Real Orden de 12 de Agosto de 1790, confirmada por otra de 26 del mismo mes de 1806, se permitió la continuacion y reparacion de los edificios existentes, siempre que se hiciera con conocimiento de los capitanes generales; pero se prohibió el aumentarlos en su planta ó elevacion y el construir otros nuevos sin Real licencia. Posteriormente se han dictado leyes, reglamentos y circulares, legislando sobre la materia conforme las circunstancias lo han exigido, todo lo cual sale de la esfera del Derecho civil y no es por tanto de nuestra competencia el tratarlo.

Artículo 830.—No se puede edificar ni hacer plantaciones que embarecen el uso de las riberas y la navegacion, ó que obstruyan el paso de los caminos y calles, si no es con sujecion á las reglas establecidas en las leyes y reglamentos especiales.

ORÍGENES

Leyes 3.ª, 4.ª, 6.ª, 7.ª y 8.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Leyes 3.ª, 18, 23 y 24, tít. XXXII, Partida 3.ª
Leyes 2.ª, 4.ª y 5.ª, tít. VI, lib. IV, Fuero Real.
Ley 19, tít. IV, lib. IV del mismo Código.
Ley 1.ª y siguientes, tít. VII, lib. VI, Novísima Rec.
Ley 1.ª, tít. XXXV, lib. VII de la misma.
Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 650 Cód. Francia.—534 Italia.—661 Luisiana.—524 Bolivia.—438 Vaud.—236 Tesino.—501 Neufchatel.—572 Nápoles.—565 Cerdeña.—Leyes 1.ª tít. XII; 1.ª, tít. XIII, lib. XLIII; 24, tít. II, libro XXXIX, Digesto.—Párr. 4.°, tít. I, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

No deben impedirse bajo pretexto de supuestos perjuícios, las obras verdaderamente necesarias ó útiles que en nada menoscaben los intereses de otro (Sent. 26 Octubre de 1855).

Puede construirse molino ú otro artefacto movido por el agua, con tal que no se perjudique al inmediato que tenga igual motor, conforme á la ley 18, tít. XXXII, Partida 3.ª (Sentencia 3 Mayo 1860).

El Real Decreto de 7 de Abril de 1848 sobre conservacion y mejora de caminos vecinales, y el reglamento para su ejecucion, como del órden administrativo, no tienen aplicacion á las cuestiones judiciales en que se ventila el derecho de propiedad de una servidumbre (Sentencia 1.° Abril 1862).

Cuando no solamente por la escritura de venta de tierras y uso de aguas, sinó por una serie de actos positivos, se demuestra que en la enajenacion no se comprendieron más aguas que las sobrantes despues de las necesarias para el movimiento de unos molinos, la sentencia que declara que el dueño del molino no tiene derecho de distraer agua para moverlo, infringe la ley del contrato, y la 1.ª, tít. I, lib. X de la Nov. Rec. (Sent. 7 Enero 1870).

La ley 18, tít. XXXII, Partida 3.ª, declara que se puede hacer molino cerca de otro, no tomándole agua ni embargándogela (Sent. 16 Febrero 1877).

COMENTARIO

Varias disposiciones contienen las leyes prohibiendo hacer en los ríos, riberas, caminos y calles toda clase de obras que pongan obstáculos á la navegacion y paso público. No se podía construir en las calles y plazas sin permiso del Rey ó del concejo segun establecían las Partidas; y si se hacía entorpeciendo la circulacion estaban obligados á derribar las obras hechas los que las ejecutaron, incurriendo ademas en la multa de treinta sueldos, con arreglo á la Nov. Rec., si alguno cerrare la calle.

Con relacion á los caminos, el que plantaba ó edificaba impidiendo su libre tránsito, debía deshacer á su costa lo construído, incurría en la pena de cien maravedís para el fisco, y era á la vez responsable del daño que las obras produjeran.

Por último, en beneficio de la navegacion y del libre uso de las riberas, playas y ríos, se impusieron algunas servidumbres públicas, para evitar que por medio de obras ó plantaciones, se entorpeciese el uso de aquéllos y se perjudicasen los derechos legítimamente adquiridos.

Hoy esta materia, estudiada en parte en la ley de Aguas de 1879, pertenece á la Administracion y ha sido objeto de leyes especiales como el reglamento de 8 de Abril de 1848 en cuanto á caminos vecinales, el de 19 de Enero de 1867 para carreteras ó caminos ordinarios, el de 8 de Julio de 1859 y 8 de Setiembre de 1878 para ferro-carriles, y otros muchos coetáneos y posteriores, que con Reales Ordenes, Decretos y la ley de Aguas citada, forman la parte dispositiva vigente en esta materia.

Artículo 831.—No pueden construirse pozos, cloacas, hornos, depósitos ú otras obras análogas que perjudiquen á otros propietarios, ó que sean destinados á usos peligrosos y nocivos, sinó en la forma que se prescriba por las leyes especiales y reglamentos de salubridad.

ORÍGENES

Ley 19, tít. XXXII, Partida 3.ª
Ley 7.ª del mismo título y Partida.
Ley 1.ª, tít. III, lib. I, Nov. Rec.
Ley 5.ª, tít. XL, lib. III, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 674 Cód. Francia.—703 Holanda.—688 y siguientes Luisiana.—554 Bolivia.—595 Nápoles.—490 y 491 Friburgo.—574 Italia.—2338 Portugal.—462 al 465 Vaud.—525 Neufchatel.—Leyes 13, tít. II, lib. VIII; 17, párr. 2.º, tít. V, lib. VIII; 24, párr. 12, tít. II, lib. XXXIX; 27, párr. 10, tít. II, lib. IX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 24 Setiembre 1866.

No son aplicables las leyes 12 y 13, tít. XXXIII, Partida 3.ª cuando se trata de la remocion de hornos de pan cocer, por el perjuicio que pueden ocasionar á los predios contiguos, porque no se ocupan aquellas leyes de determinar las reglas de construccion de los hornos, ni se refieren á las obras que no son nuevas. Tampoco puede tener aplicacion la ley 11, tit. XXIX, lib. III, Nov. Rec., que tratando de los hornos que se construyeran en lo sucesivo, no hizo referencia á los que estaban ya construídos con anterioridad á la misma ley (Sent. 17 Setiembre 1866).

Artículo 832.—Cualquiera puede cortar las ramas de los árboles que obstruyeren el paso de los caminos.

Igualmente pueden ser cortadas de la heredad vecina á que perjudiquen por el dueño de la misma, previo mandato judicial.

ORÍGENES

Ley 28, tít. XV, Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 672 Cód. Francia.—714, con adiciones, Holanda.—687 Luisiana.—551 Bolivia.—459 Vaud.—478 Friburgo.—

264 Tesino.—523 Neufchatel.—581 Italia.—593 Nápoles.—606 Cerdeña, que exceptúa los olivos.—Leyes 1.ª, párrs. 2.° y 7.°, tít. XXVII, lib. XLIII; 6.ª, párr. 2.°, tít. VII, lib. XLVII, Digesto.

COMENTARIO

La ley 28 del tít. XV, Partida 7.ª, dispone que cuando las ramas cuelguen sobre heredad ó edificio ajenos, puede su dueño acudir al juez del lugar, el cual, probado el perjuicio que aquéllas causan al reclamante, procederá á mandar cortar todo el árbol ó las ramas solamente, segun recaiga dicho perjuicio en edificio ó heredad, cuya sentencia podrá ser ejecutada por el mismo demandante si el dueño del árbol no la cumpliese.

La misma ley limita esta clase de dominaciones en interes público, disponiendo que cualquiera puede cortar las ramas que obstruyen el paso en los caminos; pero esta facultad está hoy á la vez limitada por los deberes marcados á la Administracion, que es la encargada de la policía de los caminos, y de dictar las reglas necesarias para su seguridad y libre uso.

Artículo 833.—No pueden hacerse cortas, concesiones ni enajenaciones de usos en los montes del Estado sin permiso de la Administracion, la cual concederá á la vez el establecimiento en ellos de los pasos y abrevaderos necesarios para los ganados.

ORÍGENES

Ordenanzas 22 Diciembre 1833.
Real Decreto 1.° Setiembre 1860.
Ley 24 Mayo 1863.
Reglamento 17 Mayo 1865.
Real Recreto 3 Marzo 1877.
Reglamento para el régimen de la Asociacion general de Ganaderos de la misma fecha, y otras varias disposiciones administrativas relativas á uno y otro ramo.

COMENTARIO

Estas reglas ó limitaciones, establecidas únicamente en favor de la repoblacion de los montes y del fomento de la ganadería, entran de lleno en la esfera del Derecho administrativo. Sus disposiciones, por lo tanto, no pueden ser objeto de nuestro estudio.

Artículo 834.—El propietario está obligado á demoler un edificio, ó á ejecutar otras obras en los casos siguientes:

Primero. Para conservar los derechos legítimamente adquiridos por otras personas.

Segundo. Cuando amenaza ruína algun edificio.

Tercero. Cuando amenaza caerse algun árbol corpulento sobre heredad contigua.

Cuarto. Cuando el agua, arrastrando en su corriente piedras, cieno y otras materias, se detiene en algun campo y no pudiendo continuar su curso se vierte sobre otro lugar ó se estanca, causando daño á los campos inmediatos.

ORÍGENES

Leyes 1.ª á la 26, tít. XXXII, Partida 3.ª
Ley 24, nota 5.ª, tít. XXIII, lib. VII, Novísima Rec.
Ley 2.ª, tít. XXXII, lib. VII, Nov. Rec.
Ley 7.ª, tít. XIX, lib. III, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 667 Cód. Luisiana, «que da accion al vecino amenazado para obligar al propietario á demolerlo ó apuntarlo; entre tanto, si el vecino teme recibir algun daño por la caída, puede hacerse autorizar en justicia para apuntarlo, segun la necesidad; y se reembolsará de los gastos sobre la misma cosa, cuando el peligro haya sido confirmado por peritos».—Leyes 6.ª y 7.ª, tít. II, lib. XXXIX; 1.ª y 2.ª, tít. XXVII, lib. XLIII, Digesto.

COMENTARIO

Esta clase de limitaciones impuestas al dominio, son las que en nuestro Derecho se conocen con el nombre de denuncia de obra nueva y de obra vieja. Mediante la primera pueden evitarse los daños que por construcciones nuevas se causen á los dueños de predios vecinos, ó que impidan el disfrute de servidumbres y derechos legalmente adquiridos por otras personas.

Algunos casos en que puede ésta ejercitarse por razon de interes público hemos estudiado ya. Cuando se edifica cerca de los muros y fortalezas, en las plazas y calles impidiendo su libre uso, ó en las riberas y ríos navegables, puede obligarse al autor de las obras á demolerlas. De la misma manera, cuando se atacan

los derechos privados, ya impidiendo el disfrute de alguna servidumbre constituída á favor de otra persona, como la de vistas, ya haciendo peligrar ó caer la pared ajena, ó causando daño á la propiedad del vecino, bien por dejar caer en su predio el agua recogida en canales de edificio ó torre construída nuevamente, bien ejecutando obras que impidan correr las aguas produciendo su estancamiento, pueden los perjudicados, ya por sí ó por medio de sus representantes, exigir la suspension de las obras á sus dueños ó maestros y oficiales que en ellas trabajen, y obligarles á deshacerlas, cuyo derecho debe ejercitarse acudiendo al juez para que ordene lo procedente en cada caso.

El modo de ejercitarse la denuncia de obra nueva y de obra vieja, se hallaba marcado ya en las leyes del tít. XXXII, Partida 3.ª, que sobre este punto formaban un tratado completo de procedimientos; pero hoy han dejado de regir aquellas leyes, porque, como asunto exclusivo del Derecho procesal, ha sido comprendido entre los interdictos por la ley de Enjuiciamiento civil, á la cual nos remitimos, y con esto terminamos la materia de servidumbres, haciendo constar que no estudiamos otras clases de limitaciones impuestas al dominio, porque entran de lleno en la esfera del Derecho administrativo.

LIBRO TERCERO

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

DISPOSICION PRELIMINAR

Artículo 835.—La propiedad se adquiere por la ocupacion.

La propiedad y los demas derechos sobre las cosas se adquieren y trasmiten por herencia, donacion, contrato y prescripcion.

ORÍGENES

Leyes del tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 9 Mayo 1835.
Ley 7.ª, tít. IX, Partida 5.ª
Leyes del tít. III, Partida 6.ª
Leyes del tít. XIII, Partida 6.ª
(Véanse los orígenes de los artículos siguientes.)

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 710 Cód. Italia.—639 Holanda.—En parte con: 711 y 712 Francia.—866 Luisiana.—501 y 502 Vaud.—514 Friburgo.—564 y 565 Neufchatel.—562 y 563 Valais.

COMENTARIO

Entiéndese comunmente por modos de adquirir, los actos ó hechos que dan por resultado que una cosa ó derecho real sobre ella, éntre á formar parte de propiedad de una persona.

Los modos de adquirir se clasifican en *originarios* (ocupacion) y *derivativos* (herencia, donacion, contrato y prescripcion), ó de derecho natural y de derecho civil.

Los derivativos ó de derecho civil se clasifican á su vez en *universales* (herencia), y *singulares* (legado, contrato, etc.), segun se adquiera una cosa determinadamente, ó se obtenga una masa de bienes que constituya el caudal de una persona.

Fieles á nuestro propósito de seguir el método aceptado por el Proyecto de Código de 1851, colocamos en este libro los medios de adquirir que en aquél se enumeran, habiendo tratado ya de alguno de ellos (accesion), en el libro anterior, no sabemos si con verdadera razon de método.

Establecemos, sin embargo, una modificacion, cual es la de comenzar por la *ocupacion*, contándola entre los modos de adquirir originarios que el Proyecto de Código omite tratar. Nosotros, sin embargo, no hemos dudado en dar cabida en este lugar á tan importante materia, porque áun cuando la generalidad de los Códigos reservan para leyes especiales la regulacion de los derechos nacidos de la caza, pesca, invencion, etc., y áun entre nosotros se han dictado leyes más ó ménos completas sobre estas materias, hemos hallado en primer lugar importantes disposiciones en nuestros Códigos que no nos parecía oportuno omitir, y en segundo creemos aumentar con su insercion la utilidad de este libro, objeto principal de nuestros deseos.

TÍTULO I

DE LA OCUPACION

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA CAZA Y PESCA

SECCION PRIMERA

DE LA CAZA

Artículo 836.—Los animales se dividen en tres clases:

Primera. Los fieros ó salvajes.

Segunda. Los amansados ó domesticados.

Tercera. Los mansos ó domésticos.

Son animales fieros ó salvajes los que vagan libremente y no pueden ser cogidos sinó por la fuerza.

Son animales amansados ó domesticados los que siendo por su naturaleza fieros ó salvajes se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre.

Son animales mansos ó domésticos los que nacen y se crían ordinariamente bajo el poder del hombre.

ORÍGENES

Arts. 1.°, 2.°, 3.° y 5.° Ley de Caza 10 Enero 1879.

CONCORDANCIAS

Véanse Art. 400 y siguientes Cód. Portugal. —Leyes 15 Abril 1829, 15 Noviembre 1830, 28 Febrero 1842 y 3 Mayo 1844 Francia.

COMENTARIO

La caza es, sin disputa, el primitivo medio de adquirir á que los hombres apelaron para proporcionarse el sustento.

El derecho de cazar corresponde á todo el mundo, bien que la ley haya tenido necesidad de establecer algunas limitaciones necesarias, toda vez que la absoluta libertad en este punto tendría mil inconvenientes.

Para los efectos de la caza ú ocupacion de los animales, se dividen éstos en las tres clases que se enumeran en nuestro artículo; division que influye en los derechos que la ocupacion da á los propietarios de los mismos animales.

La ley ha tenido necesidad de definir qué animales pertenecían á cada uno de los términos de la clasificacion, pues designándolos únicamente por la denominacion que reciben, hubiera podido incurrirse fácilmente en error.

Se consideran fieros con arreglo al artículo que comentamos, las abejas, miéntras no se hallen en colmena de particular, las aves no apresadas ó que no tienen la costumbre de volver á la casa y no viven en ella, etc., animales que en el lenguaje vulgar no pueden decirse fieros, pero que lo son para los efectos de la ley.

Los animales amansados y los domésticos son los mismos que con esta denominacion se conocen en el lenguaje comun.

En algun caso no será fácil distinguir con toda precision el animal deméstico del domesticado, por más que el uso y la costumbre han

de ser en la mayoría de los que resuelvan las dudas que se presenten.

Artículo 837.—Los animales fieros ó salvajes pasan á poder de los hombres por la caza.

ORÍGENES

Ley 17, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Leyes 16 y 17, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
Art. 6.º Ley de Caza 1879.

COMENTARIO

Hecha la clasificacion de los animales, consignada en el artículo precedente, corresponde á la ley determinar en qué manera pasan á ser propiedad del hombre, y desde luégo consigna que los fieros ó salvajes se adquieren por medio de la caza: «Bestias saluajes, e las aues, e los pescados de la mar, e de los rios, quien quier que los prenda, son suyos luego que los ha presos.» Aquel, por consiguiente, que persiga á un animal fiero y se apoderase de él, lo hace suyo, salvo lo dispuesto en los demas artículos de la ley que han de ser objeto de nuestro estudio.

Miéntras estos animales vagan en libertad, no se puede decir que tienen dueño; mas desde el momento en que han sido dominados, sujetos ó muertos por el hombre, éste adquiere derecho á su propiedad, con preferencia á las demas personas que nada han hecho por adquirir el mismo derecho.

Artículo 838.—Los animales amansados ó domesticados son propios del que los ha reducido á esta condicion miéntras se mantienen en ella. Cuando recobran su primitiva libertad, dejan de pertenecer al que fué su dueño, y son del primero que los ocupa.

ORÍGENES

Leyes 19, 22 y 23, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 17, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
Art. 4.º Ley de Caza 1879.

COMENTARIO

La primera parte de este artículo se limita á repetir lo consignado en el artículo anterior. El animal fiero sujeto por un hombre pertenece á éste, háyase amansado ó no.

El objeto del artículo es solamente lo que preceptúa en su segundo párrafo, esto es, que: «pierdan los omes el señorio que auian ganado en las aues, e en las bestias saluajes, e en los pescados, en la manera que diximos... luego que salen de su poder, e tornan al primero estado en que eran ante que las prisiessen: e aun pierden el señorio, cuando fuyen, e se aluengan tanto, que las non pueden ver; e que las vean estando ellos tan alongados dellas, que a duro las podrian prender. E en cada uno destos casos gana el señorio dellos quien quier que los prende primeramente». El mismo principio consignan las leyes de Partida respecto de los «pauones, e gauilanes e gallinas de India, e palomas, e gruas, e ansares, e faysanes... en cuanto acostumbran estas aues atales, de yr, e tornar de casa de aquel que las cria, que ha el señorio por do quier que anden: mas luego que ellas por si se dexen de la costumbre que usaron de yr, e de tornar, que pierde el señorio dellas el que lo auia e ganalo quien quier que las prende. Esso mismo dezimos de los cieruos, e de los gamos, e de las zebras, e de las otras bestias saluajes que los omes ouiessen a criar en sus casas»... lo cual indica que no basta que el animal salga de casa de su amo, para que éste pierda su derecho sobre aquél, sinó que es preciso que haya recobrado su libertad, y por lo tanto pierda el hábito de volver á la casa.

El mismo principio consigna otra de las leyes de Partida citada: «Abejas son como cosas saluajes. E por ende dezimos, que si enxambre dellas posan en arbol de algund ome, que non puede dezir que son suyas fasta que las encierre en colmena, o en otra cosa: bien assi como non puede dezir que son suyas las aues que possassen y, fasta que las prissiesse. Esso mismo dezimos que seria de los panales que las abejas fiziessen en arbol de alguno; que non los deue tener por suyos, en quanto estouieren y, fasta que los tome ende, e los tiene. Ca si acaeciesse, que viniesse otro alguno, e los leuasse ende serian suyos: fueras ende, si estouiesse el delante quando los quissiesse leuar, e gelo defendiesse. Otrosi dezimos, que si el enjambre de las abejas volare de las colmenas de alguno ome, e se fuere: si el señor dellas las perdiesse de vista, ó fueren tan alongadas del que las non pueda prender, nin seguir: pierde por ende el soñorio que auia sobre ellas, e ganalas quien quier que las prenda, e las encierre primeramente». Lo mismo dice la ley del Fuero Real.

Es, por consiguiente, preciso, para que el dueño de una colmena pierda las abejas, que

éstas se marchen de la colmena, abandonándola por completo, y que el señor las pierda de vista, porque si las fuese persiguiendo no habría perdido su dominio, á ménos que fueren tan alongadas que las non pueda prender nin seguir.

Artículo 839.—No podrá tirarse á las palomas domésticas ajenas sinó á la distancia de un kilómetro de la poblacion ó palomares, y áun así no podrá hacerse con señuelo ó cimbeles ni otro engaño.

ORÍGENES

Art. 32 Ley de Caza.

COMENTARIO

Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, ha sido preciso establecer una limitacion á los derechos del dueño. Este tiene palomas: vuelan éstas y tornan al palomar; pero al encontrarlas en el campo, ¿cómo averiguar si se han hecho libres ó conservan la costumbre de volver al palomar? Ante la imposibilidad de poder determinar esto ni áun aproximadamente, la ley consiente que se presuma recuperada la libertad, y por consiguiente, que sea lícito cazar las palomas ajenas, cuando éstas se han alejado un kilómetro de la poblacion ó palomares por su voluntad propia, si vale la frase, es decir, sin que hayan sido atraidas á tal distancia por señuelos, cimbeles ú otro cualesquier engaño.

La ley, pues, establece esta presuncion, contra la cual no creemos que sea posible hacer prevalecer prueba de ninguna clase.

Nada dice la ley de si deberá entenderse que han recuperado la libertad primitiva otros animales amansados que se alejen un kilómetro de la poblacion ó lugar donde acostumbren á volver. Creemos que debiera sentarse un precepto análogo, por más que existe una gran dificultad para ello, pues miéntras en las palomas es fácil distinguir aquellas que pertenecen á palomares de aquellas otras que, comun y ordinariamente, viven en libertad, no es posible hacer la misma distincion tratándose de ciervos y de otros animales que se domestican y amansan.

Artículo 840.—Los animales mansos ó domésticos pertenecen al que los adquirió, con arreglo á las leyes. Aunque salgan de su poder, puede reclamarlos de cualquiera que los retenga, pagando los gastos de su alimentacion.

ORÍGENES

Ley 24, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 17, tít. IV, lib. III, Fero Real.
Art. 5.° Ley de Caza 1879.

COMENTARIO

Los animales mansos pertenecen al que los adquirió con arreglo á las leyes, dice este artículo; y en verdad que sus autores no han podido ser ménos afortunados en su redaccion. ¿Pues qué, la adquisicion por medio de la caza no es con arreglo á las leyes? ¿Pues qué, los animales fieros no pueden adquirirse por venta y por otros contratos? El legislador ha querido decir que los animales domésticos se adquieren por un medio distinto de la caza, y no ha encontrado medio de expresarlo con claridad. La compra-venta, la donacion y los demas medios de adquirir y de trasmitir el dominio, excepcion hecha de la caza, son los títulos en cuya virtud se poseen los animales domésticos. Estos no adquieren nunca la libertad, sinó que siempre pertenecen al que los adquirió con justo título.

«Gallinas, e capones, e las ansares, que nacen e se crian en las casas de los omes non son de natura saluaje. E por ende decimos que maguer buelen, e se vayan de casas de aquellos que las crian, por espanto o en otra manera, e non tornen y, por esso non pierden el señorío dellas aquellos cuyas son; ante dezimos que quien quier que las prendiesse con entencion de las fazer perder a su señor, que gelas puede demandar de furto; bien assi como las otras cosas que tuuiesse en su casa, e gelas furtassen».

Dice el artículo que comentamos: «aunque salgan de su poder puede reclamarlos de cualquiera que los retenga, *pagando los gastos de su alimentacion*». Este precepto, que en el artículo se enuncia de una manera general, no creemos que pueda ser aplicado en todos los casos, como sucedería, por ejemplo, si el animal fuese hurtado ó robado, pues entónces no creemos posible que, fundándose en este artículo, pudiese obligarse al dueño á indemnizar al ladron por los gastos que hubiese hecho. Semejante interpretacion sería visiblemente absurda, y por lo mismo inadmisible.

Artículo 841.—Todo cazador que hiera á

una res tiene derecho á ella miéntras él solo con sus perros la persiga.

ORÍGENES

Ley 16, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
Art. 37 Ley de Caza 1879.

Artículo 842.—Si una ó más reses fuesen levantadas y no heridas por uno ó más cazadores ó sus perros y otro cazador matase una ó más de aquéllas durante la carrera, el matador y los compañeros que con él estuvieran cazando tendrán iguales derechos á la pieza ó piezas muertas que los cazadores que las hayan levantado y persigan.

ORÍGENES

Ley 21, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Art. 38 Ley de Caza 1879.

COMENTARIO

En cuanto al precepto contenido en el primero de estos artículos, no ofrece dificultad de ninguna especie. Un solo hombre persigue á la res, él solo muestra deseo é intencion de poseerla, á él debe corresponderle si consigue apresarla.

El caso del segundo artículo tiene más gravedad. Se trata de uno ó más cazadores que han levantado una res y la persiguen sin haberla herido; ¿puede otro ú otros cazadores emprender la persecucion de la res? ¿Pueden, si la hieren ó la matan, participar de ella?

La ley del Fuero Real, 16, tít. IV, lib. III, decía: «Si algunos Caballeros, o otros Monteros, Puerco, o otro Venado levantaren, *ningun otro, quier sea Montero, quier no, le tomen mientra que aquellos que le levantaron fueren tras el...*» es decir, que resolvía la cuestion en sentido negativo, reconociendo que miéntras el cazador persigue la res, nadie tiene derecho á privarle del derecho de capturarla: es el derecho del primer ocupante, derecho que nace desde que se demostró la intencion de apoderarse de la res y comenzó á practicarlo. El Código de Partidas, por el contrario, resolvió que «Van los caçadores en pos del venado que han ferido siguiéndolo, e vienen otros, e prendenlo, e porque podria acaecer contienda quales dellos aurian tal venado como este, dezimos, que deue ser de aquellos que lo prisieron primeramente: ca maguer ellos lo trayan ferido, non es aun en su poder, e podria acaecer muchas cosas porque non lo aurian: esso mismo decimos que seria, si algund ome ouiesse parado lazos, ó cepo... en que cayese algund venado que quien quier que venga primeramente e lo fallare, e lo prisiere, que deue ser suyo...»

La ley de Caza actual ha adoptado un término medio. Entre la ley española que daba la res á los que primero la perseguían, y la ley romana que la adjudicaba al matador, ha optado por este último extremo si la res no iba herida, bien que, dando los mismos derechos al matador y sus compañeros que á los primeros cazadores; de lo cual se deduce que ha preferido la ley del Fuero en el caso de que la res haya sido herida por el primero ó primeros perseguidores.

Pero, ¿y si la res es perseguida por un cazador, y ántes de ser herida por él emprende un segundo cazador la persecucion, despues de lo cual lo hiere el primero, qué derechos tendrá el segundo sobre la pieza?

Este caso no ha sido previsto por la ley, pero entendemos que puede resolverse por analogía.

Artículo 843.—El cazador que, usando de su derecho de caza, desde una finca donde le sea permitido cazar, hiera una pieza de caza menor que cae ó entra en propiedad ajena, tiene derecho á ella; pero no podrá entrar en esta propiedad sin permiso del dueño cuando la heredad esté materialmente cerrada por soto, tapia ó vallado, si bien el dueño de la finca tendrá el deber de entregar la pieza herida ó muerta.

Cuando la heredad no esté cerrada materialmente, el cazador podrá penetrar sólo á coger la pieza herida ó muerta sin permiso del dueño; pero será responsable de los perjuicios que cause.

ORÍGENES

Art. 16 Ley de Caza.

COMENTARIO

El derecho del cazador sobre la pieza que ha herido ó muerto, y el derecho del propietario del terreno donde la pieza cae ó entra, pueden encontrarse en la oposicion que previene el artículo. En ese caso es preciso resolver el conflicto entre dos derechos que pueden lesionarse mutuamente. La ley lo resuelve, á nuestro entender, de una manera acertada y completa.

Artículo 844.—Se comprende bajo la acepcion genérica de cazar, todo arte ó medio de perseguir ó de aprehender, para reducirlos á propiedad particular, á los animales fieros ó amansados que hayan dejado de pertenecer á su dueño por haber recobrado su primitiva libertad.

ORÍGENES

Art. 7.° Ley de Caza.

COMENTARIO

Los diversos medios de que el hombre puede hacer uso para perseguir y apoderarse de los animales fieros y amansados que han recobrado su primitiva fiereza, se conocen bajo la denominacion genérica de cazar.

Los medios de cazar son en extremo variados; mas no todos son lícitos con arreglo á la ley.

Esta en algunos de sus artículos cuyo carácter es reglamentario ó por lo ménos de órden administrativo, y que por lo tanto no colocamos entre los artículos de este Código, determina qué procedimientos venatorios no son permitidos.

Los dueños particulares de las tierras destinadas á vedados de caza, que estén realmente cercadas, amojonadas ó acotadas, podrán cazar en ellas libremente en cualquier época del año, siempre que no usen reclamos ni otros engaños, á distancia de quinientos metros de las tierras colindantes, á no ser que los dueños de éstas lo autoricen por escrito (art. 18 de la ley).

La caza de perdiz con reclamo queda absolutamente prohibida en todo tiempo, salvo lo dispuesto en el art. 18 (art. 19).

Se prohibe en todo tiempo la caza con huron, lazos, perchas, redes, liga y cualquier otro artificio, excepcion hecha de los pájaros que no sean declarados insectívoros en el reglamento que se forme al efecto y de la concesion que contiene á favor de los dueños de los terrenos el art. 18.

Se prohibe igualmente la formacion de cuadrillas para perseguir las perdices á la carrera, ya sean á pié ó á caballo (art. 20).

Toda caza queda terminantemente prohibida en los dias de nieve y en los llamados de fortuna (art. 21).

Se prohibe cazar de noche con luz artificial (art. 22).

No se permite cazar con armas de fuego sinó á la distancia de un kilómetro, contado desde la última casa de la poblacion (art. 23).

Tales son las prohibiciones que la ley consigna en cuanto al procedimiento para cazar.

Hay ademas otras limitaciones nacidas de la epoca en que se pretende ejercitar el derecho de caza. Así, en el art. 17 de la misma ley se dice: queda absolutamente prohibida toda clase de caza en la época de la reproduccion, que es en las provincias de Alava, Avila, Búrgos, Coruña, Guipuzcoa, Huesca, Leon, Logroño, Lugo, Madrid, Navarra, Orense, Oviedo, Palencia, Pontevedra, Salamanca, Santander, Segovia, Soria, Valladolid, Vizcaya y Zamora, desde 1.° de Marzo hasta 1.° de Setiembre; y en las demas del Reino, inclusas las Baleares y Canarias, desde el 15 de Febrero al 15 de Agosto. En las albuferas y lagunas donde se acostumbra á cazar los ánades silvestres, podrá realizarse hasta el 31 de Marzo.

Las palomas, tórtolas y codornices, podrán cazarse desde 1.° de Agosto en aquellos predios en que se encuentren levantadas las cosechas.

Las aves insectívoras que determinará un reglamento especial, no pueden cazarse en tiempo alguno, en atencion al beneficio que reportan á la agricultura.

Como legítima consecuencia de estas disposiciones, se dice en el art. 25: queda terminantemente prohibida la circulacion y venta de caza y pájaros muertos en toda España é islas adyacentes durante la temporada de veda... Mas como esta veda no alcanza á los dueños de cazaderos particulares, ha sido preciso añadir en el art. 27: el dueño de monte, dehesa ó soto que en tiempo de veda quiera aprovechar los conejos que haya en su propiedad, podrá matarlos por cualquier medio, y previa licencia escrita de la autoridad local, venderlos desde 1.° de Junio en adelante. Desde esta fecha hasta que termine la época de la veda, los conejos así muertos no podrán ser conducidos por la vía pública sin licencia del alcalde del término municipal en que radiquen las tierras en que fueron cazados.

Ademas de la prohibicion de cazar, en cuanto al medio empleado y en cuanto al tiempo en que tenga lugar, hay otra que participa de ambos caractéres, es decir, que se han establecido por el tiempo y por el modo; tal es la consignada en el art. 34, que dice: desde 1.° de Marzo á 15 de Octubre, se prohibe en toda España é islas adyacentes la caza con galgo; en las tierras labrantías desde la siembra hasta la recolec-

cion, y en los viñedos desde el brote hasta la vendimia.

Los que quisieren cazar con galgos,—añade el artículo 35,—deberán obtener una licencia especial del gobernador civil de la provincia, previo el pago de 25 pesetas, cuya licencia sólo servirá para un año desde su fecha, seis personas y diez perros.

Como se ve, estas reglas son puramente administrativas, y están encaminadas á impedir la destruccion de la caza; por eso no las colocamos en forma de artículos.

Artículo 845.—El derecho de cazar corresponde á todo el que se halle provisto de las correspondientes licencias de uso de escopeta y de caza.

ORÍGENES

Art. 8.º Ley de Caza.

COMENTARIO

Para dedicarse al ejercicio de la caza es preciso hallarse provisto de una licencia de uso de escopeta y de otra de caza, cuando ésta haya de verificarse en terrenos que no sean de la propiedad exclusiva del cazador.

Así, pues, sentado el principio general que se consigna en este artículo, por otros posteriores se dice que: «únicamente podrá cazar el que haya obtenido del gobierno civil de la provincia licencia de uso de escopeta y licencia de caza. Estas licencias sólo servirán para un año desde su fecha, y se concederán con arreglo á las leyes (art. 28).

Sólo podrán otorgarse licencias de caza por los gobernadores de las provincias, que en ningun caso las podrán conceder grátis.

Continuarán, sin embargo, los capitanes generales con la facultad de conceder licencias gratuitas é intransferibles de caza únicamente á los militares en activo servicio, á los retirados con sueldo y á los condecorados con la cruz de San Fernando, cuyas circunstancias se harán constar precisamente en las mismas licencias, á las que acompañará siempre la cédula personal del interesado (art. 29).

Ademas, será preciso hallarse provisto de otra licencia especial cuando se posean hurones, á tenor de lo dispuesto en el art. 26 de la ley, en que se dispone que: «los arrendatarios de montes y los que se dediquen á la industria de la saca de conejos podrán tener hurones, previo el permiso del gobernador civil de la provincia, el cual hará que se lleve un registro de los que conceda.

«Dicho permiso se registrará en el Ayuntamiento en que esté domiciliado el que le obtenga, previo el pago de la contribucion que corresponda por el que ejerza dicha industria.»

El artículo que comentamos consigna que puede cazar todo el que tenga las licencias referidas. La ley civil, por consiguiente, reconoce este derecho á todos los ciudadanos; mas, sin embargo, existen algunas limitaciones nacidas del Derecho canónico. ¿Puede cazar el clérigo? Benedicto XIV en su tratado *De Sinode Diocœsana* dice que al clérigo le está prohibida toda caza. Mas como el Concilio Tridentino al ocuparse de esta materia solamente prohibe *illicitam venationem*, infieren algunos que si la prohibicion es de la caza ilícita, es porque hay otra lícita cuyo ejercicio les está permitido, deduccion que, como observa Escriche, no es completamente lógica, pues la palabra *illicitam* puede ser un calificativo y no un diversificativo.

Artículo 846.—Este derecho puede ejercitarse en los terrenos del Estado ó de los pueblos y en los de propiedad particular con sujecion á las leyes y reglamentos.

En los terrenos del Estado ó de los pueblos que no se hallen vedados por quien corresponda, será lícito cazar previas las correspondientes licencias de que habla el artículo anterior.

En los de propiedad particular sólo podrá cazar el dueño y los que éste autorice por escrito.

ORÍGENES

Art. 9.º Ley de Caza.

COMENTARIO

El dueño de un terreno puede cazar en él, pudiendo impedírselo á todo el que pretenda penetrar en el mismo con dicho objeto. Esto no obsta para que el dueño de los predios ó propiedades pueda autorizar á título oneroso ó gratuito á otras personas para cazar, segun se consigna en este artículo y se repite en alguno de los siguientes.

El derecho de los dueños dentro de su propiedad no se limita á cazar, sinó que, segun dispone el art. 24 de la ley, «los dueños ó arrendatarios de propiedades destinadas á la cría de caza pueden colocar en ellas toda clase de úti-

les para la destruccion de animales dañinos ó seguridad de la finca; pero en manera alguna en los caminos, veredas ó sendas de la misma propiedad.» En las propiedades que estén verdaderamente cercadas no creemos que haya medio de prohibir á los dueños que coloquen los útiles para la destruccion de los animales dañinos, áun en los caminos y sendas. En nuestro concepto el precepto del artículo se refiere solamente á las propiedades abiertas por donde atraviesan ó pasean los vecinos, de los lugares más próximos.

Tambien dispone la ley que: «los propietarios ó arrendatarios de los sitios destinados á la cría de caza pueden nombrar guardas jurados con sujecion á lo que determine el reglamento (art. 30).

Las declaraciones de los guardas jurados en las denuncias que hagan con arreglo á la ley, tendrán la fuerza de prueba plena, salvo siempre la justificacion en contrario (art. 31).

Artículo 847. — Todo propietario puede conceder licencia á un tercero para que utilice el derecho que le concede el artículo anterior, estableciendo las condiciones que tenga por conveniente, pero sin contrariar las de la ley.

Cuando el propietario no establezca condiciones especiales para cazar en su propiedad, se entenderá concedido el permiso con arreglo á las prescripciones de la ley.

ORÍGENES

Arts. 10 y 11 Ley de Caza.

Artículo 848.—Cuando una finca pertenezca á diversos dueños, cada uno de los propietarios, por sí ó por la persona que le represente, tiene derecho á cazar, pero no podrá conceder permiso á otro que no sea su representante para que lo haga, miéntras no obtenga el consentimiento de los condueños que reunan al ménos dos terceras partes de la propiedad.

ORÍGENES

Art. 12 Ley de Caza.

Artículo 849.—El derecho de cazar corresponde al arrendatario de la finca si en el contrato de arriendo no se hubiese estipulado lo contrario.

ORÍGENES

Art. 13 Ley de Caza.

Artículo 850.—Cuando el usufructo se halle separado de la propiedad ó la finca esté concedida en enfitéusis, el derecho de cazar corresponde al usufructuario ó enfiteuta. Cuando la finca esté en administracion ó en depósito judicial ó voluntario, incumbe al administrador ó depositario la facultad de conceder ó negar el permiso de cazar.

ORÍGENES

Art. 14 Ley de Caza.

Artículo 851.—Considerándose cerradas y acotadas todas las dehesas, heredades y demas tierras de cualquiera clase pertenecientes á dominio particular, nadie puede cazar en las que no estén materialmente amojonadas, cerradas ó acotadas sin permiso escrito de su dueño miéntras no estén levantadas las cosechas.

En los terrenos cercados y acotados materialmente ó en los amojonados nadie puede cazar sin permiso del dueño.

ORÍGENES

Art. 15 Ley de Caza.

COMENTARIO

Tales son las disposiciones de la ley de Caza que pueden tener cabida en el Código. Las demas son, como ya hemos dicho, de un carácter exclusivamente administrativo; por eso solamente las hemos consignado en el comentario, á fin de que se encuentre integra la ley.

Para terminar lo que ésta comprende, solamente hemos de añadir, que en cuanto á la caza de animales dañinos contiene las siguientes reglas:

1.ª La caza de animales dañinos que determinará el reglamento, es libre en los terrenos del Estado ó de los pueblos, y en los trasjeros de propiedad particular no cerrados ó amojonados; pero en los cercados, pertenezcan á pueblos ó á los particulares, no será permitida sin licencia escrita de los dueños ó arrendatarios (art. 39).

2.ª Los alcaldes estimularán la persecucion de las fieras y animales dañinos, ofreciendo recompensas pecuniarias á los que acrediten haberlos muerto.

Al efecto incluirán entre sus gastos obligatorios la correspondiente partida en el presupuesto municipal de cada año (art. 40).

3.ª Cuando las circunstancias lo exijan, los alcaldes, previa autorizacion del gobernador civil de la provincia, podrán obtener batidas generales para la destruccion de animales dañinos y el envenenamiento de éstos.

Tomarán las medidas necesarias para la seguridad y conservacion de las personas y de las propiedades, el modo, la duracion, el órden y la marcha de la operacion, y todas las demas que sean necesarias para asegurar la regularidad y evitar los peligros y los inconvenientes (art. 41).

4.ª Las batidas y los envenenamientos serán dirigidos por personas peritas que nombrarán las autoridades administrativas, y se anunciarán durante tres dias consecutivos por medio de bandos en el pueblo en cuyo término haya de tener lugar, y en los pueblos colindantes (art. 42).

5.ª El resultado se pondrá en conocimiento del gobernador civil de la provincia por medio de un informe, en el que se consignarán todas las observaciones necesarias á dar cuenta exacta de la forma en que se ha llevado á efecto la operacion (art. 43).

En cuanto á la parte penal y de procedimientos, se dispone en la ley de Caza que comentamos lo siguiente:

La accion para denunciar las infracciones de esta ley es pública.

Queda absolutamente prohibida la venta de caza viva ó muerta durante el tiempo de la veda.

Los contraventores serán castigados con la pérdida de la caza que se encuentre en su poder, la cual se repartirá por mitad entre el denunciante y el agente de la autoridad que hiciere la aprehension, procediéndose en estas denuncias en conformidad á lo dispuesto en los dos artículos siguientes, 45 y 46 de esta ley (art. 44).

Las denuncias por infracciones de esta ley se sustanciarán forzosamente á los ocho dias de formalizadas, bajo la responsabilidad del juez municipal, el cual tendrá la obligacion de dar recibo al denunciante de la fecha en que la admite (art. 45).

Las referidas denuncias se sustanciarán en juicio verbal de faltas, oyendo al denunciador, al fiscal y al denunciado si se presenta, recibiendo las justificaciones que se ofrezcan, y pronunciando en el acto la sentencia, consignándolo todo en un acta que firmarán los concurrentes y el secretario. Cuando la sentencia sea condenatoria, se impondrá el pago de las costas al denunciado (art. 46).

En las infracciones de esta ley se impondrá siempre la pérdida del arma ó del objeto con que se pretenda cazar. El arma podrá recuperarse mediante la entrega de 50 pesetas en papel de pagos (art. 47).

En todo caso el infractor será condenado á la indemnizacion del daño segun tasacion pericial, á la pérdida de la caza y á una multa que por primera vez será de 5 á 25 pesetas, por la segunda de 25 á 50, y por la tercera de 50 á 100, siempre en papel de pagos (art. 48).

El insolvente en el pago de esta multa sufrirá un dia de arresto por cada 2 pesetas y 50 céntimos que deje de satisfacer (art. 49).

El que entrando en propiedad ajena sin permiso de su dueño sea cogido infraganti con lazos, hurones ú otros ardides para destruir la caza, será considerado como dañador, y entregado á los tribunales ordinarios para que le castiguen con arreglo al art. 530 del Código penal (art. 50).

Toda persona que destruya los nidos de perdices y los demas de caza menor, será condenada en juicio de faltas á pagar de 5 á 10 pesetas por primera vez, de 10 á 20 pesetas la segunda y de 20 á 40 la tercera. El que en tiempo de veda destruya los nidos de las aves que el reglamento especial considere útiles á la agricultura, será castigado la primera vez con una multa de una á 5 pesetas, la segunda de 5 á 10 y la tercera de 10 á 20 (art. 51).

El que por más de tercera vez infrinja las disposiciones de esta ley, será considerado reo de daño y entregado á los tribunales para que como tal se le juzgue (art. 52).

Los padres, representantes legales y amos de los infractores, serán responsables, civil y subsidiariamente, por las infracciones que cometan sus hijos, criados ó personas que estén bajo su poder (art. 53).

La accion para perseguir las infracciones de la presente ley, prescribe á los dos meses de haberlas cometido (art. 54).

SECCION SEGUNDA

DE LA PESCA

Artículo 852.—El derecho de pescar en el mar es del público, conforme á los reglamentos de policía del ramo.

ORÍGENES

Art. 14 Ley Aguas 1866.
Art. 2.° Dec. 22 Marzo 1873.
Reg. 18 Enero 1876.
Art. 12 Ley Aguas 7 Mayo 1880.

COMENTARIO

El ejercicio de la pesca comprende los diversos medios (redes, cañas, etc.) de apoderarse de los peces en el mar, en los ríos, lagos, etc.

La pesca en el mar corresponde á todo el público.

Las Ordenanzas de 1802 y la ley de Aguas de 1866 limitaron este derecho en cuanto á la pesca á flote en la zona litoral marítima á los matriculados marcantes españoles; pero el decreto de 1873 citado, declaró que la industria de pescar, como todas las marítimas, era libre para todos los españoles.

Para los efectos de la ley, la pesca no se refiere únicamente al apoderamiento de los peces, sinó tambien de los mariscos y corales.

Los mariscos no podrán pescarse desde 1.° de Mayo hasta 1.° de Octubre, excepcion hecha de los mejillones que no podrán pescarse desde 1.° de Enero hasta 1.° de Julio (art. 1.°, Reg. Ostricultura).

Los bancos y criaderos de mariscos que se hallen en las playas, rios, esteros y mares del litoral y que expresamente no perteneciesen con anterioridad á la ley (1876) á los particulares, serán de dominio y uso público. El Gobierno, sin embargo, puede reservarse los bancos y criaderos que estime conveniente y cuya extraccion no se permitirá para el uso comun.

En los bancos y criaderos de uso público deberá procurarse por las autoridades competentes, que la explotacion no se verifique en proporciones tales que haga temer su rápido agotamiento. A cuyo efecto podrá suspenderse total ó parcialmente la pesca de ostras y demas mariscos.

Tambien en la pesca de los mariscos se establecen ciertas limitaciones: así, por ejemplo, en los bancos y criaderos sumergidos, no se permitirá emplear el rastro hasta fin de Enero, debiéndose verificar la pesca con instrumentos que no destruyan las crías del año. No podrán emplearse en estas pescas otros instrumentos que los que permitan en cada localidad. No se permite la pesca de mariscos á flote durante las horas de la noche. Está prohibida la venta de los mariscos que se adhieren ó pegan á los fondos de los barcos forrados de cobre.

Todo el que descubra un nuevo banco ó criadero natural de mariscos, tendrá derecho á su exclusiva explotacion durante un año; siempre que practicada una detenida informacion resulte no ser el criadero conocido anteriormente.

La infraccion de la veda que se marca en los reglamentos, se castigará con una multa de 25 á 100 pesetas y pérdida de lo pescado.

Con la misma pena se castigará la pesca de mariscos de medidas menores que las legales, á cuyo efecto el reglamento de Ostricultura contiene una extensa relacion de los mariscos, con designacion del tamaño á que debe ajustarse por lo ménos su dimension para que sea permitido su aprovechamiento.

Artículo 853.—En las charcas, lagunas ó estanques de agua del mar formados en propiedad particular no susceptibles de comunicacion permanente con aquél por medio de embarcaciones, solamente podrán pescar sus dueños, sin más restricciones que las relativas á la salubridad pública.

ORÍGENES

Art. 11 Ley Aguas 7 Mayo 1880.

COMENTARIO

Estas charcas, lagunas ó estanques, y por consiguiente las aguas que contienen, por más que sean saladas, no pertenecen al dominio público, sinó al de los particulares en cuyos pre-

dios se han formado natural ó artificialmente: por consiguiente, nadie sinó ellos tienen el derecho de aprovecharse de los peces y mariscos que contengan.

El que estas aguas estén en comunicacion con las del mar, no altera en nada la integridad del derecho de propiedad que existe á favor de los dueños del terreno, á ménos que esta comunicacion sea de tal naturaleza que consienta el paso de embarcaciones, pues entónces debe considerarse como si el mar hubiera invadido la propiedad de un particular.

Artículo 854.—Las empresas particulares no pueden, sin la competente autorizacion, establecer pesqueras en las playas, así como para criaderos de peces y moluscos.

ORÍGENES

Art. 23 Ley Aguas 1866.

COMENTARIO

Desarrollando el precepto contenido en este artículo, se establece en el reglamento de Ostricultura que el Gobierno podrá ceder á los particulares porciones de costa fuera de los límites de los bancos del Estado, para establecer otros artificiales, con tal que de la informacion que se practique no resulte inconveniente de ninguna clase.

Tambien podrá otorgarse á los particulares sitios en la costa adecuados para formar depósitos de mariscos ó viveros ó balsas de enverdecer, engordar y mejorar la calidad de las ostras, lo mismo que para establecer criaderos de coral y esponjas finas de Siria, siempre que estas concesiones no afecten á los intereses generales y especialmente á los de la navegacion y pesca, y no embaracen la libre circulacion de los peces.

No se concederán á un mismo individuo más de seis hectáreas de terreno emergente ó sumergido para fundar un establecimiento en cada localidad; pero si pasados cinco años nadie más se dedicara en ella al desarrollo de la industria citada, podrá ampliarse la concesion primera con mayor número de hectáreas, previa nueva peticion de los interesados.

Estas concesiones se entienden á perpetuidad, siempre que el concesionario se ocupe en la conservacion y fomento del criadero; en la inteligencia de que si se notare su completo abandono por dos años consecutivos, bastará la justificacion de esta circunstancia para que proceda la caducidad, marcándose un plazo para que el concesionario extraiga los materiales de su pertenencia si le conviniere. Tambien dará márgen á la caducidad el no terminar el establecimiento dentro del plazo que se marque en la concesion. Estos establecimientos particulares no podrán cederse ni enajenarse hasta su completa terminacion.

Los dueños de establecimientos particulares no podrán alegar derecho alguno al marisco que se encuentre fuera de su cerca; pero sí á los que se encuentren adheridos á colectores que estuvieran señalados con las marcas de sus establecimientos.

No pueden establecerse mejilloneras ni depósitos de estos moluscos ni de luceros á ménos de tres kilómetros de las ostreras del Estado. El mismo derecho tienen los ostricultores particulares respecto de sus parques, siempre que éstos sean anteriores á los de mejillones ó luceros.

En las peticiones de un mismo sitio para establecimiento de mariscos será preferido el que ofrezca mayores ventajas, y en igualdad de circunstancias el que tuviere prioridad.

Para la conservacion de los mariscos vivos destinados al mercado en las poblaciones litorales, podrá concederse en sitios convenientes espacio donde los pescadores puedan colocar, sumergidas en el mar, las nasas, cestas, butrones ú otros viveros semejantes movibles que contengan los moluscos.

Las concesiones de playa hechas por el Gobierno deben inscribirse en el Registro de la propiedad, áun cuando sean revocables por falta de cumplimiento de alguno de los requisitos de la concesion. Así lo ha declarado la Direccion del Registro en contestacion á ciertas consultas que se le dirigieron por un registrador.

Artículo 855.—Dentro de su propiedad cada uno puede construir estanques artificiales de agua del mar en comunicacion con éste para baños, viveros de peces ó cualquier otro objeto de utilidad ó recreo, poniéndolo en conocimiento del gobernador de la provincia. Este tendrá durante dos meses la facultad de mandar suspender la obra, si oídos el comandante de marina y el ingeniero provincial, resultare que puede irrogarse conocido perjuício al público. En tal caso podrá el interesado recurrir al Gobierno.

ORÍGENES

Art. 24 Ley Aguas 1866.

COMENTARIO

De nuevo la ley rinde culto al respeto que merece la propiedad privada, bien que subordinando por completo este respeto á la utilidad pública.

No es por consiguiente necesario solicitar autorizacion del Gobierno ni de las autoridades locales, administrativas ó de marina, para la construccion de estanques dedicados á viveros de peces ó criaderos de ostras ó con otro objeto de utilidad ó recreo. El perjuicio del público de que habla el artículo suponemos que hará relacion á la salubridad.

Artículo 856.—Todos pueden pescar en los cauces públicos, sujetándose á los reglamentos de policía, siempre que no se embarace la navegacion y flotacion.

ORÍGENES

Art. 129 Ley Aguas 1879.

COMENTARIO

Percíbese desde luégo que existen dos clases de pesca: la que tiene lugar en las aguas del mar y la que se verifica en agua dulce.

Los cauces públicos están á disposicion de todos los ciudadanos, á los efectos de que puedan pescar en ellos siempre que no embaracen la navegacion y la flotacion: así lo consignó el artículo 169 de la ley de Aguas de 1866 y lo ha repetido el 129 de la de 1879.

El derecho de pescar en las aguas dulces tiene tambien sus limitaciones. Asi se halla prohibida la pesca desde 1.º de Marzo hasta fin de Julio, á no ser con caña. Tampoco podrá pescarse la trucha en los meses de Octubre, Noviembre, Diciembre, Enero y Febrero.

Está prohibido pescar envenenando ó inficionando las aguas en ningun caso, fuera del de ser estancadas y estar enclavadas en tierras cercadas de propiedad particular (art. 45 R. D. 3 Mayo 1834).

Asimismo está prohibido pescar con redes ó nasas cuyas mallas tengan ménos de una pulgada castellana, ó el duodécimo de un pie en cuadro, fuera de los estanques ó lagunas que sean de un solo dueño particular, el cual podrá hacerlo de cualquier modo (art. 46 id.).

La pesca con caña ó anzuelo se permite en cualquier tiempo del año.

El Real Decreto de 3 de Mayo de 1834, cuya observancia se ha mandado recordar á los gobernadores de provincia en Real Orden de 27 de Mayo de 1876 decía en su art. 40: «En las aguas corrientes á que sirven de linde tierras de propiedad particular, podrán los dueños de éstas pescar desde la orilla hasta la mitad de la corriente con sujecion á las restricciones de ordenanza. Y nadie podrá hacerlo sin su licencia». Ahora bien, la ley de Aguas, posterior á aquel Real Decreto, establece sin limitacion, el principio de que todos pueden pescar en los cauces públicos; ¿queda por tanto derogado el art. 40 del mencionado decreto? En el Diccionario de Escriche se resuelve terminantemente esta cuestion en sentido afirmativo. Nosotros no nos atrevemos á hacer idéntica afirmacion, por más que comprendamos las poderosas razones que á su favor militan. Sin embargo, bien pudiera suponerse que el artículo de la ley de Aguas se refiere á la pesca practicada en barcas ó desde terrenos públicos, pudiendo entónces armonizarse el contenido de ambos artículos, puesto que puede reconocerse el derecho de todos á pescar en los ríos y respetarse al mismo tiempo el derecho del dueño de los terrenos ribereños.

Por otra parte, la servidumbre que la ley establece en el art. 123 (826 de este Código) de permitir á los pescadores que tiendan y sequen sus redes y depositen el pescado, parece confirmar la opinion de Escriche.

En esta diversidad de pareceres, que no tenemos autoridad para resolver, hemos preferido colocar ambos artículos haciendo esta advertencia, á fin de que no sean inducidos á error los que, estimando derogado el del decreto de 1834, se extrañen de verlo consignado en el lugar correspondiente.

La navegacion y flotacion no ha de sufrir entorpecimiento por causa de la pesca. Si para pescar se hubieran establecido artefactos que imposibiliten ó dificulten aquellas operaciones, las autoridades cuidarán de restablecer la libre circulacion en las aguas fluviales.

Artículo 857.—En los canales, acequias ó acueductos para la conduccion de aguas públicas, aunque construídos por concesionarios de éstas, y á ménos de habérseles reservado el aprovechamiento de la pesca por las condiciones de la concesion, puede

el público pescar con anzuelos, redes ó nasas, sujetándose á los reglamentos, con tal que no se embarace el curso del agua ni se deteriore el cauce ó sus márgenes.

ORÍGENES

Art. 130 Ley Aguas 1879.

COMENTARIO

Las concesiones de acueductos, canales y acequias, no llevan consigo el aprovechamiento de la pesca que pueda hallarse en sus aguas. Este aprovechamiento se considerará, por lo tanto, como público, á ménos que especialmente se haya concedido su explotacion á los constructores de los canales ó acueductos.

No podrán emplearse en estas pescas instrumentos que embaracen el curso de las aguas, objeto principal de estas construcciones.

Artículo 858.—En todo lo que se refiera á la construccion de encañizadas ó cualesquiera otra clase de aparatos destinados á la pesca, tanto en los ríos navegables y flotables como en los que no lo sean, se observarán las disposiciones vigentes sobre esta materia, ó las leyes y reglamentos que pudieran dictarse.

ORÍGENES

Art. 131 Ley Aguas 1879.

Artículo 859.—Solamente con licencia de los dueños de las riberas se podrán construir en ellas ó en la parte de cauce contiguo, encañizadas ó cualesquiera otra clase de aparatos destinados á la pesca.

ORÍGENES

Art. 171 Ley Aguas 1866.

COMENTARIO

Los dueños de las riberas pueden construir en ellas toda clase de aparatos destinados á la pesca, en la parte de cauce que les corresponda, así como dar permiso á otros para que los construyan y utilicen. Mas esto debe entenderse siempre que el río no sea navegable, pues si lo fuere deberá aplicarse el precepto que se contiene en el artículo siguiente.

Artículo 860.—En los ríos navegables no podrá ejercerse, sin embargo, ni áun por los mismos dueños de las riberas, el derecho consignado en el artículo anterior, sin permiso del gobernador de la provincia, quien únicamente lo concederá cuando no embarace el curso de la navegacion. En los flotables no será necesario el permiso; pero los dueños de las pesqueras estarán obligados á quitarlas y dejar expedito el cauce, siempre que á juicio de la autoridad puedan estorbar ó perturbar la flotacion.

ORÍGENES

Art. 172 Ley Aguas 1866.

COMENTARIO

Prevé este artículo dos casos: 1.º, que el río sea navegable; 2.º, que el río sea solamente flotable.

En el primer caso nadie, ni áun los dueños de los terrenos ribereños, pueden establecer encañizadas ni otros aparatos para la pesca, á ménos que obtengan el permiso del gobernador de la provincia. Pero entendemos que cuando el que haya de establecer las encañizadas ó pesqueras no sea dueño de los terrenos, necesitará, ademas del permiso del gobernador, el del propietario de las riberas.

En el segundo caso, podrán construirse libremente encañizadas y pesqueras, mas habrán de dejar expedito el cauce tan pronto como lo exigan las necesidades de la flotacion.

Artículo 861.—Los dueños de encañizadas ó pesqueras establecidas en los ríos navegables ó flotables, no tendrán derecho á indemnizacion por los daños que en ellas causaren los barcos ó las maderas en su navegacion ó flotacion, á no mediar por parte de los conductores infraccion de los reglamentos, malicia ó evidente negligencia.

ORÍGENES

Art. 132 Ley Aguas 1879.

COMENTARIO

Las concesiones que por los gobernadores se hagan á fin de que puedan establecerse pesqueras en los ríos navegables, no dan opcion á reclamar por los perjuicios y daños que causen los barcos, no mediando infraccion de reglamentos, malicia ó evidente negligencia.

Idéntico principio consigna el artículo tratándose de ríos flotables, en cuanto á los daños causados por las maderas en los mismos casos y condiciones.

Artículo 862.—En las aguas de dominio privado y las concedidas para establecimientos de viveros ó criaderos de peces, solamente podrán pescar los dueños ó concesionarios ó los que de ellos obtuvieren permiso, sin más restricciones que las relativas á la salubridad pública.

ORÍGENES

Decreto Córtes 13 Setiembre 1837.
Art. 36 Real Decreto 3 Mayo 1834.
Art. 133 Ley Aguas 1879.

COMENTARIO

Los dueños particulares de estanques, lagunas ó charcas que se hallen en tierras cercadas están autorizados, en virtud del derecho de propiedad, para pescar en ellos durante todo el año sin sujecion á regla alguna. Se entienden por tierras cercadas para los efectos de la ley, las que lo estén enteramente y no á medias ó aportilladas, de suerte que no puedan entrar en ellas caballerías (art. 36).

Este mismo principio se ha repetido sin modificacion en el Decreto de Córtes 1837 y en la ley de Aguas de 1866.

Artículo 863.—Los dueños podrán, en virtud del mismo derecho de propiedad, comunicar estas facultades á sus arrendatarios en los términos que entre ellos se estipule.

ORÍGENES

Art. 37 R. D. 3 Mayo 1834.

Artículo 864.—Se prohibe á los dueños particulares y arrendatarios de estanques y lagunas que se hallen en tierras abiertas, aunque estén amojonadas, pescar en ellas envenenando ó inficionando de cualquier modo el agua, de suerte que pueda perjudicar á las personas ó animales domésticos transeuntes que la bebieren.

ORÍGENES

Art. 38 R. D. 3 Mayo 1834.

COMENTARIO

La prohibicion de este artículo hace relacion únicamente á los dueños ó arrendatarios de los estanques y lagunas que se hallen en tierras abiertas, pues si éstas estuvieren real y verdaderamente cerradas podrá pescarse áun usando de este medio segun dispone el art. 45 del Decreto de 3 de Mayo de 1834. Los infractores de este precepto pagarán las multas de 40, 60 y 80 reales por la primera, segunda y tercera vez respectivamente.

Artículo 865.—Si las lagunas y aguas estancadas lindasen con tierras de varios dueños particulares, podrá cada cual pescar desde su orilla, con sujecion á las reglas generales establecidas; pero poniéndose los dueños de comun acuerdo, podrán pescar, con arreglo á los tres artículos precedentes, como si fuera uno solo el dueño.

ORÍGENES

Art. 39 R. D. 3 Mayo 1834.

Artículo 866.—En las aguas corrientes á que sirven de linde las tierras de propiedad particular, podrán los dueños de éstas pescar desde la orilla hasta la mitad de la corriente, con sujecion á las restricciones de ordenanzas. Y nadie podrá hacerlo sin su licencia.

ORÍGENES

Art. 40 R. D. 3 Mayo 1834.

COMENTARIO

En otro lugar hemos dicho que en sentir de algunos, este artículo está derogado por el 129 de la ley de Aguas de 1879, pero que no habiendo unanimidad de pareceres no hemos tenido inconveniente en insertarle, haciendo previamente esta observacion.

Artículo 867.—En las aguas corrientes cuyas riberas pertenecen á Propios, podrán los ayuntamientos arrendar la pesca con aprobacion del subdelegado de la provincia, y los arrendatarios podrán dar á otros licencia para pescar; pero todos estarán sujetos á las restricciones expresadas.

ORÍGENES

Art. 41 R. D. 3 Mayo 1834.

Artículo 868.—En las aguas corrientes cuyas orillas pertenezcan á baldíos ó á Propios, en el acto de no estar arrendada la pesca, se declara ésta libre hasta mitad de la corriente para todos los vecinos del pueblo á cuyo término pertenezcan las orillas, y no á los de otros pueblos, aunque tengan comunidad de pastos. Las justicias podrán dar licencias para pescar á los forasteros; pero tanto éstos como los vecinos estarán sujetos á las restricciones designadas.

ORÍGENES

Art. 42 R. D. 3 Mayo 1834.

Artículo 869.—En los ríos y canales navegables se ha de entender que las facultades de los dueños y arrendadores expresadas en los tres artículos precedentes, han de ser sin perjuício de la navegacion y de las servidumbres, á que con motivo y á beneficio de ella están sujetas las tierras riberiegas.

ORÍGENES

Art. 43 R. D. 3 Mayo 1834.

Artículo 870.—En los canales de navegacion y de riego, como asimismo en los cauces y acequias para molinos ú otros establecimientos industriales ó de placer, se observarán las mismas reglas establecidas anteriormente, segun la calidad de las orillas, á no ser que haya costumbre ó contrato en contrario.

ORÍGENES

Art. 44 R. D. 3 Mayo 1834.

COMENTARIO

Nada debemos añadir á lo prescrito en estos últimos artículos.

Para terminar esta materia, únicamente hemos de hacer algunas indicaciones respecto al procedimiento y penas que las leyes y reglamentos señalan para los infractores de las disposiciones vigentes en materia de pesca.

El conocimiento de estos asuntos, siempre que se trate de la observancia ó inobservancia del Decreto de 1834, pertenece á las autoridades administrativas, y en general todas las infracciones de este órden, á no hallarse comprendidas taxativamente dentro del Código penal, en cuyo caso deberá corresponder su conocimiento á los tribunales ordinarios en la forma que determinan las leyes de Enjuiciamiento.

En los demas casos los procedimientos tendrán lugar: 1.° por queja de parte agraviada: 2.° de oficio: 3.° por denuncia de guarda jurado ó de cualquier individuo del Ayuntamiento: 4.° por denuncia de cualquier vecino, siendo caso de aguas inficionadas ó de cepos armados fuera de cercado (art. 49 D. 1834).

El alcalde hará comparecer al presunto infractor, y comprobado el hecho, exigirá de él la multa, el valor de la caza y del daño cuando lo haya, dando á estas cantidades el destino que se ha prescrito en el presente Decreto (art. 50).

Cuando se proceda por queja de parte agraviada, si resulta ser cierto el hecho y hubiese daño, el alcalde procurará que los interesados transijan en cuanto al daño sin perjuício de cobrar la multa; y si no se avinieren, decidirá gubernativamente en las causas de menor cuantía, dejando que las otras sigan el curso judicial que les corresponda, pero satisfaciendo ántes el reo la mitad de la multa destinada al fondo del art. 31 para la persecucion de animales dañinos (art. 51).

Las infracciones prescribirán á los treinta días en los casos de aguas maleficiadas ó de cepos y armadijos fuera de cercado, y en todos los demas á los veinte días. Pasados estos plazos, las justicias no podrán proceder de oficio ni admitirán queja ni denuncia alguna (art. 52).

En cuanto á penalidad, el Decreto de 1834 establecía la multa de 20, 30 y 40 reales por la primera, segunda y tercera infraccion.

Despues del Código penal, casi todas estas disposiciones se han hecho inaplicables. Hé aquí los artículos que son pertinentes á esta materia:

Art. 532 (Ref. en 17 Julio 1876). Será tambien castigado con la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio:

El que empleando violencia ó intimidacion en las personas ó fuerza en las cosas, entrare á cazar ó pescar en heredad cerrada ó campo vedado.

El que en heredad ó campo de las mismas condiciones cazare ó pescare sin permiso del

dueño, valiéndose de medios prohibidos por las Ordenanzas.

Cuando concurrieren simultáneamente las dos circunstancias expresadas en los dos párrafos anteriores, el culpable será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo.

Art. 608 (Ref. en la misma fecha). Serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas:

3.° Los que para cazar ó pescar en terreno de dominio público ó de comun aprovechamiento, emplearen algunos de los medios prohibidos por las Ordenanzas.

Art. 615. Serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas:

2.° Los que infringieren las Ordenanzas de caza y pesca.

Por Real Orden de 16 de Febrero de 1865, se facultó á la Guardia civil para denunciar (no castigar) estas infracciones.

CAPÍTULO II

DEL HALLAZGO

Artículo 871.—Los productos naturales del mar pertenecen al primero que los ocupa.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 3.ª, tít. XXII, lib. X, Nov. Rec.
Caso 3.°, art. 1.°, Ley 9 Mayo 1835.
Art. 4.° Ley 11 Abril 1849.

COMENTARIO

El hallazgo es otro de los modos de adquirir la propiedad.

Hallazgo es el acto de encontrar alguna cosa, bien buscándola, bien casualmente. Tambien se designa con la palabra hallazgo la misma cosa encontrada.

El hallazgo puede ser de productos naturales ó cosas que jamas han tenido dueño, de cosas abandonadas por sus primitivos poseedores, ó por último, de cosas cuyo dueño no es conocido.

Tratándose de productos naturales de la mar, dice la ley de Partida: «Oro o aljofar, e piedras preciosas fallan los omes en la arena que está en la ribera de la mar. E por ende dezimos, que todo ome que fallare y alguna destas cosas sobredichas, e la tomare primeramente, que deue ser suya. Ca pues que non es en los bienes de ningund ome lo que en tal lugar es fallado, quitada cosa es, e derecha, que sea de aquel que primeramente la fallare, o la tomare: e que otro ninguno no gela pueda contrallar, nin embargar». Este principio ha sido respetado por la ley de *Bienes mostrencos* de 9 de Mayo de 1835, al decir en el núm. 3.°, art. 1.°: «Se exceptúan de esta regla los productos de la misma mar, y los efectos que las leyes vigentes conceden al primer ocupante ó á aquel que los encuentra». Y la ley de 11 de Abril de 1849 repite que son del primer ocupante las arenas auríferas y cualesquiera otras producciones minerales de los ríos y placeres, si no se hacen tales operaciones en establecimientos fijos. Por consiguiente, debe entenderse que la misma regla se observa cuando los productos naturales son hallados en los ríos, y por analogía en cualesquier otros caudales ó vías fluviales que no pertenezcan á particulares.

Si en vez de ser productos naturales fuesen obra del hombre, regirán otras reglas de que nos ocuparemos despues.

Artículo 872.—Asimismo pertenecen al primer ocupante las cosas abandonadas voluntariamente por su dueño.

No se reputarán abandonadas voluntariamente aquellas cosas arrojadas al mar para salvar la nave, ni aquellas que se desampararen por miedo ó fuerza mayor.

ORÍGENES

Leyes 5.ª, 49 y 50, tít. XXVIII, Partida 3.ª
Ley 7.ª, tít. IX, Partida 5.ª
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XXV, lib. IV, Fuero Juzgo.
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. VIII, lib. IX, Nov. Rec.

COMENTARIO

Es preciso, para no incurrir en equivocaciones, distinguir las cosas abandonadas de aque-

llas que no tienen dueño conocido. Las primeras han dejado de tener dueño, porque éste, libre y voluntariamente, ha dejado de poseerlas, y tiene intencion de no ser dueño de ellas, como por ejemplo, el dinero que se arroja en las bodas, bautizos y otras fiestas. Las segundas tienen dueño, toda vez que el que las poseía no ha hecho dejacion de su derecho, sinó que ha salido de su tenencia en virtud de pérdida, hurto ó fuerza mayor; por consiguiente, aunque tienen dueño éste es desconocido.

Las primeras son de aquel que las ocupa en primer lugar despues que han sido abandonadas. Las segundas se rigen por las disposiciones de los artículos siguientes.

«Despaganse — dice la ley de Partida — los omes a las vegadas de algunas cosas que han, e desamparanlas e echanlas de manera que sean suyas de quien las quissiere. E por ende dezimos que quando algund ome echare alguna su cosa mueble con intencion que non quiere que sea suya: que quien quier que la tome primeramente e la lleue, que gaña el señorio della e será suya dende adelante».

Mas para esto es condicion indispensable que la dejacion hecha por el dueño sea libre, voluntaria y con intencion de perder la cosa; por eso añade la ley: «otrosi dezimos que las cosas que los omes echan en la mar con cuyta de la tormenta, que non pierden el señorio dellas, así como diximos en la quinta Partida...»

Lo mismo debe decirse de las cosas arrebatadas por las fieras, abandonadas en un incendio, perdidas por acaso ó sustraídas cometiendo delito, pues en todos estos casos falta la intencion de dejar de poseer y su dueño tiene esperanza de conseguir recobrarlas.

Esta intencion no se presume en ningun caso por el simple hallazgo de la cosa; será por consiguiente, necesario, que existan pruebas ó indicios de semejante voluntad.

Artículo 873.—Para que el primer ocupante de bienes raíces adquiera la propiedad de los mismos, no basta que el dueño que los abandona manifieste su intencion de perderlos, sinó que es ademas necesario que deje de poseerlos materialmente.

ORÍGENES

Ley 50, tít. XXVIII, Partida 3.ª

COMENTARIO

El principio consignado en el artículo anterior no se refiere solamente á las cosas muebles, sinó tambien á las inmuebles. Unas y otras pueden ser abandonadas; unas y otras se hacen de aquel que las ocupa primeramente.

Esta ley repite, como la anterior, que el abandono ó dejacion ha de ser voluntario, y «si algund ome desamparasse alguna cosa, que nos ossase yr a ella por miedo de enemigos o de ladrones, que ninguno non la pueda entrar; e maguer entrase, non ganaria el señorio della».

Exígese por esta ley para que la cosa inmueble se entienda abandonada y pueda ganar su señorío el primer ocupante, que ademas de la intencion de abandonarla, exista el hecho mismo, la dejacion material.

Asi es, que dice la ley: «luego que de ella saliere *corporalmente*, con intencion que non quisiesse que fuesse suya dende adelante... *Mas si él non saliese della maguer dixesse que non queria que fuesse suya dende adelante, con todo esso en quanto él la touiesse assi, non la podrie otro ninguno entrar; e si la entrase non ganaria el señorio della fasta que corporalmente saliesse della e desamparasse la tenencia.*

Aunque el texto de la ley hace referencia única y exclusivamente al abandono de cosas inmuebles, á nuestro entender, el mismo principio debiera aplicarse por analogía á los bienes muebles, y en su consecuencia, aunque su dueño manifestase su voluntad de no serlo de ellos, si materialmente los posee, ó los usa, no podrá nadie apoderarse de los mismos y hacerlos suyos.

En nuestro artículo, sin embargo, nos hemos limitado á consignar lo que la ley dispone.

Artículo 874.—Los bienes de todas clases que no tuviesen dueño conocido, pertenecen al Estado. Compréndense entre ellos:

Primero. Los semovientes, muebles é inmuebles, derechos, y prestaciones que estuviesen vacantes, por no poseerlos individuo ni corporacion alguna.

Segundo. Los buques que por naufragio arriben á las costas del reino, igualmente que los cargamentos, frutos, alhajas y demas que se hallase en ellos, luégo que pasado el tiempo prevenido en las leyes resulte no tener dueño conocido.

Tercero. En igual forma, lo que la mar arroje á las playas, sea ó no procedente de

buques que hubiesen naufragado, cuando resulte no tener dueño conocido. Se exceptúan de esta regla los productos de la misma mar y los efectos que otras leyes conceden al primer ocupante ó á aquel que los encuentra.

Cuarto. La mitad de los tesoros, ó sea de las alhajas, dinero ú otra cualquier cosa de valor, ignorada ú oculta que se halle en terrenos pertenecientes al Estado.

Quinto. Los bienes detentados ó poseídos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo á las leyes comunes.

ORÍGENES

Arts. 1.° y 3.° Ley 9 Mayo 1835.

JURISPRUDENCIA

La jurisdiccion de marina, con intervencion de la Hacienda pública, debe providenciar lo necesario para salvar, recoger y custodiar los efectos procedentes de naufragios, depositando todo lo recogido por inventario y haciendo la publicacion del naufragio por edictos para que pueda llegar á conocimiento de los interesados; y si en el primer mes no apareciesen los dueños de los efectos salvados, podrá dicha jurisdiccion vender en almoneda los más expuestos á deteriorarse, y si cumplidos tres meses desde que se hiciese la publicacion no se presentase dueño, deberá el comandante de marina pasar al subdelegado más inmediato de bienes mostrencos y vacantes (hoy Juzgado de primera instancia), copia testimoniada de las diligencias practicadas y del inventario de los efectos salvados poniéndolos desde luégo á su disposicion con reserva de los gastos y con las formalidades convenientes. El juez de primera instancia debe en estos negocios limitar su reclamacion á que se le remitan las indicadas copias y á que se pongan á su disposicion los efectos salvados con reserva de gastos (Sent. de comp. 14 Febrero 1854).

COMENTARIO

Hemos establecido anteriormente una distincion entre las cosas *abandonadas* y aquellas que *no tienen dueño conocido*. Nos hemos ocupado ya de las primeras y hemos visto que se adjudican al primer ocupante.

En cuanto á las que carecen de dueño conocido, esto es, aquellas que no se sabe á quién pertenecen, y tampoco consta que hayan sido abandonadas, reciben en general la denominacion de bienes mostrencos y vacantes.

Respecto de la propiedad de ellos, se ha creado una teoría, en cuya virtud, los príncipes en otros tiempos, el Estado hoy, tienen el llamado dominio *eminente*, y son dueños de aquello que á nadie pertenece.

Esta teoría es, en nuestro sentir, completamente inadmisible, y carece de sólido fundamento. No nos detendremos, sin embargo, á refutarla. Nuestra ley acepta aquella doctrina y la desenvuelve en el artículo que comentamos.

En su consecuencia, pertenecen al Estado todos aquellos bienes que se conocen bajo la denominacion de vacantes ó mostrencos, ya sean muebles, inmuebles, semovientes, derechos ó prestaciones, y todos los demas que el artículo enumera y no necesitamos repetir en el comentario.

El particular que denuncie como mostrencos algunos bienes, ha de hacerlo en las oficinas de Propiedades y derechos del Estado, donde se formará el oportuno expediente gubernativo, bien á costa del denunciante, bien á nombre del investigador, á eleccion del primero, debiendo advertir que en el primer caso, el denunciante debe proporcionar cuantos documentos sean necesarios para justificar la denuncia, teniendo derecho á todo el premio, y en el segundo caso, el premio se dividirá entre denunciante é investigador.

Una vez concluso el expediente mencionado, se elevará á la Direccion general, que decidirá sobre el fundamento que exista para entablar la demanda de adjudicacion por medio del promotor fiscal (Circ. 28 Julio 1863).

Entablada la demanda y decretado el secuestro de los bienes denunciados como mostrencos, se ha de confiar su administracion á los de la Direccion de Propiedades, quienes si no se declarasen mostrencos los bienes, responderán á los interesados de los frutos y rentas recaudadas (Reales Ordenes 4 Febrero y 19 Octubre 1837).

La reivindicacion de bienes detentados sin título, tendrá lugar con arreglo á las leyes y procedimientos ordinarios.

Artículo 875. — En la reivindicacion á que se refiere el número quinto del artículo anterior, incumbe al Estado probar que no es dueño legítimo el poseedor ó detentador, sin que éstos puedan ser compelidos á la

exhibicion de títulos, ni inquietados en la posesion hasta ser vencidos en juício.

ORÍGENES

Art. 4.° Ley 9 Mayo 1835.

COMENTARIO

Cuando un particular ó corporacion posea ó detente, sin justo título, bienes que deberian considerarse como mostrencos, el Estado, previo informe de la Direccion de Propiedades, entablará, bajo la representacion del ministerio fiscal, la correspondiente accion reivindicatoria. Para ello es preciso que los bienes sean de aquellos que deben merecer el concepto de vacantes, pues que si perteneciesen á un tercero no podrá reclamarlos el Estado del que los detenta sin título.

Se considerarán como títulos justos y legítimos todos los que el Derecho civil reputa como tales; así podrá alegarse la prescripcion contra la creencia de algunos, que pretendieron que ésta no perjudicaba al Estado.

Artículo 876.—Los bienes que por no poseerlos ni detentarlos persona ni corporacion alguna carecieren de dueño conocido, se ocuparán desde luégo á nombre del Estado, pidiendo la posesion real corporal ante el juez competente, que la mandará dar en la forma ordinaria, previo inventario y justiprecio de todo, y quedando responsables á las reclamaciones de tercero, sin perjuício de la recompensa ó derechos que, con arreglo á las disposiciones que rigieren, adquieran los que contribuyan al salvamento del buque ó mercaderías.

ORÍGENES

Art. 6.° Ley 9 Mayo 1835.

COMENTARIO

Lo preceptuado en este artículo es consecuencia necesaria de lo dispuesto en los anteriores. Cuando los bienes que, por las leyes que comentamos, deben pertenecer al Estado no estén poseidos por nadie, no hay posibilidad de que á nombre del Estado se entable ninguna accion, sinó únicamente que se pida la posesion real corporal ante el juzgado de primera instancia del partido correspondiente.

Artículo 877.—Todas las reclamaciones y adquisiciones á nombre del Estado quedan sujetas, desde la promulgacion de esta ley, á los principios y formas del Derecho comun, bien sea por ocupacion ó por accion deducida en los juícios universales de intestados, ó por reclamacion contra los detentadores sin derecho.

ORÍGENES

Art. 10 Ley 9 Mayo 1835.

COMENTARIO

Por la legislacion anterior á 1835, y más que por la legislacion por la manera abusiva de interpretarla, existía un procedimiento breve para decidir en esta gravísima materia, sobre la propiedad de las fincas que se denunciasen como mostrencas ó vacantes.

La ley de 1835, obrando más justamente, no ha admitido la excepcion, y colocando las cuestiones que puedan surgir sobre propiedad de estos bienes en el número de las ordinarias, las sujeta al procedimiento comun y á las leyes civiles, en cuanto á la naturaleza del título y posesion.

Estos litigios, pues, entre el Estado y los particulares son, ni más ni ménos, que pleitos civiles ordinarios, que se tramitarán en el modo y forma que se prescribe en la ley de Enjuiciamiento civil.

Sin embargo, los tribunales ordinarios únicamente intervendrán hasta el fallo; mas en cuanto á la ejecucion y venta de los bienes que en definitiva se declaren vacantes ó mostrencos se hará como la de los demas bienes nacionales, toda vez que una vez adjudicados al Estado pertenecen á esta clase, y por lo tanto, serán competentes las autoridades administrativas (R. O. 29 Marzo 1848).

Artículo 878.—Cualquiera puede recoger y salvar los animales, maderas, frutos, muebles y otros productos de la industria, arrebatados por la corriente de las aguas públicas ó sumergidos en ellas, presentándolos inmediatamente á la autoridad local, que dispondrá su depósito ó su venta en pública subasta cuando no puedan conservarse. Se anunciará en seguida el hallazgo en el mismo pueblo y limítrofes superiores, y si dentro de seis meses hubiese reclamacion por parte del dueño, se le entregará el obje-

to ó su precio, previo abono de los gastos de conservacion y del derecho de salvamento, cuyo derecho consistirá en un 10 por 100. Trascurrido aquel plazo sin haber reclamado el dueño, perderá éste su derecho, y se devolverá todo á quien lo salvó, previo abono de los gastos de conservacion.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá lugar desde el momento en que el dueño de los objetos provea á su salvamento.

ORÍGENES

Art. 48 Ley Aguas 1879.

COMENTARIO

La doctrina contenida en los artículos anteriores, por cuya virtud pertenecen al Estado aquellos bienes que carecen de dueño conocido, tiene sus limitaciones.

De unas se hace cargo el mismo artículo 874, de otras hace caso omiso, pero se consagran en otras leyes.

Todos los objetos muebles y semovientes que son arrastrados por la fuerza de las aguas fluviales pertenecen en propiedad y dominio al mismo dueño que tenían ántes de haber sido arrebatados por la fuerza del río, salvo la indemnizacion que se debe al que recogió los objetos y los retuvo á disposicion de su dueño. Esto no obstante, si trascurridos seis meses no se presenta el legítimo dueño de los objetos á reclamarlos, se presumen abandonados y se hacen del primer ocupante, es decir, de aquel que los salvó, previo abono por parte de éste de los gastos que la autoridad local haya tenido necesidad de hacer al efecto de proveer á la custodia y conservacion de los objetos.

Desde luégo resulta la contradiccion en que se encuentra esta ley con la de 1835, ó por lo ménos el diverso espíritu que ha inspirado á una y otra.

Aquélla declara propiedad del Estado todos los objetos que la mar arroje á las playas. Esta declara de propiedad del primer ocupante los objetos que aguas públicas arrojen á las riberas, siempre que trascurridos seis meses no se hubiere practicado por el primitivo dueño reclamacion de ninguna especie.

Entendemos que la prescripcion de la ley de Aguas está más ajustada á lo que la ciencia aconseja y dicta la razon.

Los derechos del dueño primitivo en primer término, y en segundo los del primer ocupante son más atendibles que los del Estado, fundados única y exclusivamente en la teoría del pretendido dominio eminente que aquél tiene y conserva á pretexto de evitar colisiones que entre los particulares podrían nacer en otro caso.

Artículo 879.—Las brozas, ramas y leñas que vayan flotando en las aguas, ó sean depositadas por ellas en el cauce ó en terrenos de dominio público, son del primero que las recoge; las dejadas en terrenos del dominio particular ó sus riberas son del dueño de las fincas respectivas.

ORÍGENES

Art. 49 Ley Aguas 1879.

Artículo 880.—Los árboles arrancados y trasportados por la corriente de las aguas, pertenecen al propietario del terreno adonde vinieren á parar, si no los reclaman dentro de un mes sus antiguos dueños, quienes deberán abonar los gastos ocasionados en recoger los árboles ó ponerlos en lugar seguro.

ORÍGENES

Art. 50 Ley Aguas 1879.

Artículo 881.—Los objetos sumergidos en los cauces públicos siguen perteneciendo á sus dueños; pero si en el término de un año no los extrajesen, serán de las personas que verifiquen la extraccion previo el permiso de la autoridad local. Si los objetos sumergidos ofreciesen obstáculo á las corrientes ó á la viabilidad, se concederá por la autoridad un término prudente á los dueños, trascurrido el cual sin que hagan uso de su derecho, se procederá á la extraccion como de cosa abandonada.

El dueño de objetos sumergidos en aguas de propiedad particular, solicitará del dueño de éstas el permiso para extraerlos, y en el caso de que éste lo negase concederá el permiso la autoridad local, previa fianza de daños y perjuicios.

ORÍGENES

Art. 51 Ley Aguas 1879.

COMENTARIO

Complétase en estos artículos la doctrina anteriormente consignada y se combina en ellos el principio de la *ocupacion* y de la *accesion*.

Sus disposiciones son bastante claras y no merecen mayor comentario.

En el último de estos artículos se establece la presuncion de abandono en ciertos casos y en su consecuencia se declaran del primer ocupante los objetos depositados en los cauces públicos, si trascurrido el término que la autoridad local señale cuando sean obstáculos para la navegacion, flotacion, corriente y salubridad ó el de un año en otro caso, no fueren recogidos por sus dueños primitivos.

Este principio, lo mismo que los anteriores, no merece más extensa explicacion.

Artículo 882.—El tesoro que carezca de dueño conocido pertenece al que lo descubre en tierras de su propiedad.

Si fuere hallado de un modo casual en heredad de la propiedad de otro, corresponderá por mitad al inventor y al dueño de la tierra.

Si el hallazgo no fuere casual pertenecerá íntegro al dueño de la tierra.

ORÍGENES

Ley 45, tit. XXVIII, Partida 3.ª
Caso 4.º Art. 1.º Ley 9 Mayo 1835.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 716 Cód. Francia.—714 Italia.—506 Vaud.—569 Neufchatel.—518 Friburgo.—632 Zurich.—293 Tesino.—610 Bolivia.—Leyes 31 y 39, lib. II, tít. I, Instituta.

COMENTARIO

Thesaurus est vetus quædem depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominium non habeat. La ley de Partida dice: «Thesoros fallan los omes á las vegadas en sus casas, e en sus heredades, por auentura o buscandolos. E porque podria acaescer dubda cuyo deue ser: dezimos, que si el thesoro es tal, que ningund ome non pueda saber quien lo y metió, nin cuyo es, gana el señorio dello, e que deue ser todo de aquel que lo falla en su casa o en su heredad. Fueras ende, si lo fallase por encantamiento, ca estonce todo deue ser del Rey. Mas si por auentura lo ouiesse y alguno escondido, e pudiesse prouar o aueriguar, que es suyo; estonce non ganaria el señorio dello el que lo fallasse en su heredad. E si acaesciesse que alguno le fallasse en su casa o en heredamiento ageno, o labrando y, o en otra manera qualquier si lo fallasse por auentura, non lo buscando el á sabiendas; estonce deue ser la meytad suyo, e la otra meytad del señor de la casa, o de la eredad do lo falló: mas si lo fallasse buscandolo el estudiosamente, e non por acaescimiento de ventura; estonce deue ser todo del señor de la heredad, e non ha en ello el que lo assi falla ninguna cosa. Esso mismo dezimos que seria si el thesoro fuesse fallado en casa ó en heredamiento que perteneciesse al Rey o al Comun de algun Concejo.» Es decir, que la ley parte siempre del supuesto de que no sea conocido el dueño del tesoro.

Despues distingue dos casos: 1.º que el tesoro se encuentre buscándolo de propósito, en cuyo caso pertenece íntegro al dueño del terreno: 2.º que se encuentre de un modo casual. En este segundo caso puede suceder: 1.º que el tesoro se halle en terreno ó casa de la propiedad del inventor, y entónces éste se hace dueño de todo el tesoro; 2.º que se halle en propiedad ajena, bien sea del Estado, del Patrimonio y de particulares, debiéndose entónces dividir por mitad el tesoro entre el que lo encontró y el dueño del terreno.

En Rusia el tesoro pertenece entero al dueño del terreno. En Austria se divide por terceras partes entre el inventor, el dueño del terreno y el Estado. En Noruega el Estado tiene derecho á la mitad.

Algunos autores han creido que la ley 3.ª, tít. XXII, lib. X, de la Nov. Rec., reformó la de Partida que hemos trascrito. Estamos de acuerdo con el Sr. Escrihe en que tal interpretacion es errónea.

TÍTULO II

DE LAS HERENCIAS

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 883.—Cuando algunas personas perecen en un incendio, ruína, naufragio ú otra desgracia comun, y por las circunstancias particulares del suceso no aparezca cuál de ellos murió la primera, se decidirá esta cuestion por las reglas siguientes:

Primera. Si murieron marido y mujer, se presume haber sobrevivido el marido.

Segunda. Si murieron el padre ó madre y un hijo mayor de 14 años se presume que sobrevivió éste.

Tercera. Si en este último caso el hijo fuere menor de 14 años se presumirá que ha muerto ántes que sus padres.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XXXIII, Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Leyes 9.ª y 10, tít. V, lib. XXXIV, Digesto.

COMENTARIO

En todos tiempos y épocas se ha sentido la necesidad de tener reglas fijas para poder determinar la prioridad en los fallecimientos cuando llegue el triste caso de que diversas personas perezcan víctimas de un siniestro.

No es indiferente para el derecho el órden en que acaecieron las defunciones, sobre todo cuando se trata de los derechos sucesorios, cuya importancia dentro de las instituciones que estudiamos tiene tanta importancia.

En este concepto se fijaron por el Derecho Romano algunas reglas que si bien no eran muy perfectas, les bastaron sin duda para resolver los conflictos que se les presentaron, y que hán pasado á formar parte de nuestras leyes de Partida y son la materia de este artículo.

Siempre que varias personas falleciesen en un incendio, naufragio, ruína ú otro accidente desgraciado, si no pudiese atestiguarse por los medios ordinarios de prueba quiénes fueron los premuertos, se inferirá esto de las condiciones mismas del siniestro.

En un naufragio, por ejemplo,—dice Escriche,—los que sabían nadar es probable sobreviviesen á los que no sabían; y en el incendio de una casa que principió por el primer piso, es natural que los que se estaban en éste pereciesen ántes que los que se hallaban en los más altos.

Pero no son pocos los casos en que faltan estas circunstancias, siendo completamente imposible hallar indicios de cuál fué la victima que primero sucumbió.

En este caso se atiende á dos principios para determinar este hecho. Son á saber, la edad y el sexo combinados.

Algunos Códigos, el frances por ejemplo, señalan minuciosas reglas sobre este punto, estableciendo una escala gradual, en la que, tomando por base el vigor, representado unas veces en la edad y otras en el sexo, determinan el órden de fallecimientos.

El Proyecto de Código tambien se ocupó de esta materia con alguna detencion. Sus reglas son éstas: Cuando algunas personas perecen en un incendio, ruina, naufragio ú otra desgracia comun, y por las circunstancias particulares del suceso no aparezca cuál de ellas murió la primera, se decidirá esta cuestion por las reglas

siguientes: Entre las personas que no han cumplido diez y ocho años, se presume haber sobrevivido la de mayor edad. De los diez y ocho en adelante, la presuncion está por la más jóven; sin embargo, concurriendo hembra y varon, se presume en este solo caso á favor del varon, si la hembra no es más jóven que él en dos años. Entre dos personas, la una mayor de sesenta y cinco años y la otra menor de doce, se presume que ésta murió la primera; y al contrario si tenía más de doce, aunque no hubiese cumplido los diez y ocho.

Les Códigos de Francia, Luisiana y las leyes inglesas, contienen más ó ménos extensamente reglas análogas á las señaladas en el Proyecto de Código.

Por el contrario, el Código holandes, en el art. 878 dice: «Si algunas personas llamadas á sucederse una á otra perecen en un mismo acontecimiento ó en el mismo día, sin que pueda saberse cuál de ellas murió primero, la presuncion será que las dos murieron en el mismo instante, y no habrá trasmision de bienes de la una en provecho de la otra».

Todavía está mejor redactado el art. 924 del Código Italiano, que dice: «Si entre dos ó más individuos llamados respectivamente á sucederse, existiese duda sobre el punto de saber cuál fué el primero que murió, el que sostenga la anterioridad de la muerte de uno ó otro debe dar la prueba; á falta de ésta se presumirán muertos al mismo tiempo, y no tendrá lugar la trasmision de derechos de uno á otro».

Idéntico principio se consagra en los artículos 1738 del Código de Portugal; 510 de Vaud; 25, cap. VIII de Austria, y 39, tít. I, parte 1.ª, de Prusia.

Existen, por consiguiente, dos escuelas respecto de este punto: la que basándose en la edad y sexo de los que fallecieron señalan reglas de anterioridad en los fallecimientos; y la que, á falta de todo género de pruebas, no se atreve á suponer aquello que se ha intentado probar y no se ha conseguido, y en su consecuencia juzga que las muertes acaecieron á un tiempo mismo. ¿Cuál de estos sistemas es el preferible?

Dícese por los partidarios del primero, que con la regla de los Códigos de Prusia, Austria y demas citados, se dejan en pié las dificultades que la legislacion quiso hacer desaparecer, lo cual, á nuestro entender, no es enteramente cierto, porque, como dice con mucha razon el autor de las *Concordancias*, en dichos Códigos están resueltas las dificultades que el frances y otros resolvieron pesada y contradictoriamente: cada una de las personas que han perecido tendrá sus herederos en sus bienes propios, sin reclamacion ninguna á la otra; y no podrá negarse que esto es más sencillo.

Ademas, no hemos visto un solo Código que prevea todos los casos que puedan presentarse en esta materia, en tanto que con la regla del portugues, italiano, etc., no puede presentarse caso ninguno que no esté resuelto por el principio general que asientan. Por ejemplo, ningun Código de aquellos que adolecen de este casuismo ha previsto la igualdad de edades entre personas de un mismo sexo, y aunque disculpando esta omision, dice Goyena que las leyes se dan para lo que generalmente sucede, y que un buen Código no debe ser casuístico, se nos ocurre que cuando ese Código ha llegado á ser casuístico, como lo son en este punto el frances y nuestro Proyecto de Código, es un defecto ser casuista á medias; porque la única justificacion del casuismo está en prever y solventar todos los casos y dudas; cuando esto no sucede el casuismo es indisculpable.

Nuestras leyes solamente preven tres casos, en la forma que dejamos consignada en el artículo.

Fuera de ellos no tenemos regla ninguna en que apoyarnos para resolver las dudas que se nos presenten. Los tribunales, obrando segun les dicte su criterio ó haciendo aplicacion por analogía de las reglas que contiene la ley que comentamos, decidirán los casos oscuros y dudosos.

Artículo 884.—La herencia se defiere por la voluntad del hombre, y en su defecto, por disposicion de la ley.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. III, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. XIII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 720 Cód. Italia.—Ley 39, tít. II, lib. XXIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Aunque pasen á los herederos los bienes de una herencia, esto se entiende sin perjuicio de los pactos que entre ellos hubiese sobre la misma herencia (Sent. 10 Setiembre 1863).

Debe considerarse como intestado el fallecimiento de una persona cuando no se presenta un testamento ni consta legalmente su existencia (Sent. 8 Abril 1865).

Sólo á falta de herederos testamentarios entran á serlo los legítimos (Sent. 21 Abril 1866).

Debe entenderse que fallece intestado el testador cuyo heredero pierde el derecho á la herencia por no cumplir la condicion impuesta, y el sustituto nombrado fallece ántes que el sustituido heredero (Sent. 30 Junio 1866).

Segun la ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Recopilacion, es permitido á cualquiera el morir parte testado y parte intestado (Sent. 20 Diciembre 1866).

La herencia de un finado es lo que queda despues de satisfacer todas sus deudas y responsabilidades (Sent. 21 Junio 1869).

COMENTARIO

No se comprende el derecho de propiedad sin todas las facultades que les son inherentes. M. Thiers ha dicho que la propiedad no produce todos sus efectos, los mejores y los más fecundos, sinó á condicion de ser completa, personal y hereditaria.

Nosotros creemos más; creemos que no solamente la propiedad sin estas condiciones dejaría de producir sus mejores efectos, sinó que no constituiría una verdadera propiedad. Aquella propiedad de que el hombre no pudiera disponer entre vivos y para despues de su muerte, no llenaría inmediatamente los fines que la propiedad debe desempeñar en el derecho, en la vida y en la economía del hombre y de la sociedad.

El hombre que no pudiera donar ó vender una cosa, ¿podría decirse con verdad que era dueño y propietario de ella?

La propiedad, por consiguiente, ha de ir acompañada del libre ejercicio de ciertas facultades que la hagan útil, que hagan posible el cumplimiento de su objeto.

¿Puede el hombre disponer para despues de su muerte?

Tal vez parezca ociosa la pregunta. Sin embargo, no falta quien haya puesto en duda esta facultad, pues como ha dicho un querido catedrático nuestro, las escuelas que, pugnando contra la propiedad, no han conseguido destruirla, se proponen triunfar de ella mutilándola.

El derecho de disponer por testamento se deriva de la misma nocion de la propiedad.

Existe ésta en cuanto llena y satisface las necesidades del hombre; por tanto, miéntras hay una necesidad que satisfacer, no puede negarse la propiedad. Pues una necesidad y necesidad imperiosa es en el hombre que abandona la vida entre sus hijos, entre sus parientes ó entre sus amigos cariñosos, mostrarles su afecto y su agradecimiento, entregándoles aquello que posee, último testimonio del corazon del hombre que procura ser generoso con sus semejantes, ya que él todo lo espera de la generosidad de la Providencia. ¿Cómo, por otra parte, podría sostenerse, sin incurrir en una falta de lógica, que el hombre que puede donar y vender, no puede testar?

¿Acaso son cosas *esencialmente* distintas la donacion y el testamento?

Pues qué, ¿en el testamento no se hace una donacion ó acaso, acaso una permuta por una persona libre, que tiene voluntad, usando de la cual hace á otro propietario de lo que es suyo, con una condicion suspensiva?

Es completamente inexacta la teoría de los que afirman que hay contradiccion en que se trasfiera el efecto de la voluntad cuando ésta ya no existe, y que disponga del dominio el que ha dejado de ser señor, porque cuando el testador dispuso su última voluntad era dueño, disponía de sus cosas; lo que hace es,—dice Gutierrez,—diferir la ejecucion de su voluntad para despues de su muerte, lo cual no se opone más á la razon natural, que si un propietario diese á otro sus bienes con la condicion de retener él durante la vida la posesion y el uso: por eso dice Grocio: *Testamentum vi ipsa nihil aliud est quam alienatio in mortis eventum ante eam revocabilis, retento interina jure possidenti ac fruendi* (lib. II de *Jur. bell. et pac.*, cap. VI, núm. 14).

Ignoramos cómo podría sustentarse la doctrina de que las obligaciones contraidas por un hombre no se extinguen con su muerte, y que las donaciones hechas durante la vida no caducan con el fallecimiento del donante, si había de sostenerse al mismo tiempo la nulidad de las disposiciones testamentarias; porque en último término, obligaciones hijas del cariño, de grandes servicios tal vez, son las que el testador reconoce y satisface, obligaciones de conciencia que se firman al borde del sepulcro, y que significarán no pocas veces satisfacciones dadas por errores ó agravios anteriores, ó deudas de aquellas que ni se justifican ni se reclaman ante los tribunales.

Si Mirabeau ha podido decir que hay muchos actos significados por los muertos á los vivos, en que la locura parece luchar con la pasion, y en los cuales el testador ordena tal disposicion de su fortuna, que no hubiera osado confiarla en vida á ninguna persona, y que, en una palabra, para permitirse semejante disposicion ha sido menester que el testador se desprenda completamente de su memoria, ó que haya pensado que el sepulcro sería su abrigo contra el ridículo y las censuras, Bentham ha replicado con razon: «No cabe duda que del testamento puede hacerse mal uso; pero felizmente, cuando tal cosa acontece es por excepcion. Las pasiones podrán ocasionar extravíos accidentales; pero la ley debe guiarse por el curso ordinario de las cosas. La virtud es el fondo dominante de la sociedad; se ven con frecuencia padres corrompidos que se muestran tan celosos como los que más de la honradez y reputacion de sus hijos».

No creemos posible negar con fundamento la facultad de testar. Equivaldría á mutilar la personalidad del hombre, privarle de cumplir, siquiera sea tarde, obligaciones que contrajo en la vida.

Despues de lo dicho, excusado será añadir que, en nuestro concepto, la facultad de disponer por testamento tiene su orígen, base y fundamento en el derecho natural, y de ninguna manera en el civil, como pretenden Escriche (1) y Antonio Gomez (1), que se limitan únicamente á reconocerla y reglamentarla.

El precepto que se sostiene en nuestro artículo está reconocido en todos los Códigos antiguos y modernos: *quando potest ex testamento adiri hereditas, abintestato non defertur.*» Ley 39, tít. II, lib. XXIX, Digesto.

Todo el mundo, pues, puede disponer de sus bienes por testamento con sujecion á las reglas que el Derecho civil ha establecido.

Cuando el que falleció no hizo uso de este derecho y nada dispuso respecto á sus bienes, ó sus disposiciones son contrarias á la moral y al derecho, ó carece de capacidad para hacer disposicion testamentaria, entónces la ley, basándose en ciertos principios que se explicarán en otro lugar, ha establecido un órden sucesorio, al cual ha de ajustarse precisamente la distribucion del caudal hereditario.

De este precepto no será lícito deducir que un hombre tiene que morir del todo testado ó del todo intestado. Antes al contrario, consiente nuestro Derecho y así lo ha consignado tambien la jurisprudencia, que se disponga por testamento de cierta porcion de bienes, dejando la distribucion y adjudicacion de los demas á la voluntad de la ley, es decir, que se puede morir en parte testado y en parte intestado (Véase ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., y Sent. 20 Diciembre 1866).

CAPÍTULO II

DE LAS HERENCIAS POR TESTAMENTO

SECCION PRIMERA

DE LA NATURALEZA Y EFECTOS DEL TESTAMENTO

Artículo 885.—El testamento es un acto revestido de las solemnidades que marca la ley, y revocable, por el que dispone el hombre de todo ó parte de sus bienes para despues de su muerte en favor de una ó más personas.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. I, Partida 6.ª

(1) *Dic. de Jur.*, tom. IV, p. 1092.

(1) Com. Ley 3.ª, Toro.

Ley 25, tít. I, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 895 Cód. Francia.—759 Italia.—1739 Portugal.—833 Rusia.—552 Austria.—308 Tesino.—572 Berna.—922 Holanda.—1445 Luisiana.—558 Vaud.—576 Valais —751 Friburgo.—Ley 1.ª, tít. I, lib. XXVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

El hecho de que un testador haya intentado variar su testamento ó de que no tenga relaciones con el heredero de confianza que ha nombrado, no puede amenguar la fuerza legal del testamento reconocido como válido (Sent. 21 Abril 1860).

No hay ley ni doctrina admitida por los tribunales que sancione el principio de la irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomun que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando contienen pacto ó convenio que la establezca (Sent. 21 Mayo 1860).

Otorgado un testamento con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, puede el testador disponer de sus bienes en favor de otras personas, pero queda sujeto para hacerlo con éxito, á lo dispuesto en la ley 22, tít. I, Partida 6.ª, referente á la revocacion de la citada cláusula (Sentencias 7 Mayo y 1.° Octubre 1860).

La ley 25, tít. I, Partida 6.ª, que dispone que ningun home non puede fazer testamento tan firme que non lo pueda despues mudar cuando quiesiere fasta el día en que muera, no es de un precepto tan absoluto que no deba subordinarse á lo que otras leyes del mismo Código tienen establecido para cerciorarse de la verdadera voluntad de los testadores (Sent. 1.° Octubre 1860).

El testamento hecho de mancomun no impide al testador sobreviviente y heredero del otro, variar su disposicion cuando le parezca oportuno (Sent. 26 Marzo 1861).

Segun la ley 24, tít. I, Partida 6.ª, quebrantando a sabiendas el facedor del testamento alguno de los sellos, tajando alguna de las cuerdas, rayando las señales que hubiese fecho en la escritura el Escribano público, o rompiéndola, se desata el testamento: disposicion que facilita al testador el medio de dejar sin defecto en cualquier tiempo y sin formalidad alguna cuanto hubiese ordenado, si varía de voluntad (Sentencias 1.° Febrero 1861 y 18 Noviembre 1865).

Los testamentos no son ni pueden estimarse sinó en lo que disponen lícitamente con arreglo á las generales del reino (Sent. 25 Mayo 1865).

El hombre puede variar su voluntad hasta la muerte. Cualquiera excepcion de este principio debe interpretarse en sentido restrictivo, como todo lo que tienda á coartar el libre ejercicio en tan importante derecho (Sent. 22 Junio 1865).

Para que el testamento pueda revocar el otorgado válidamente con anterioridad, es necesario que el segundo se halle revestido de todos los requisitos que para semejantes actos prescriben las leyes (Sentencias 26 Setiembre 1862 y 18 Noviembre 1865).

El testamento en todo lo que lícitamente dispone, es verdadera ley, á la cual deben atenerse los tribunales para fallar (Sents. 24 Marzo 1857, 23 Diciembre 1859 y 22 Mayo 1876).

COMENTARIO

¿Qué es testamento?

Nuestro artículo trascribe lo que la ley ha dicho.

«*Testatio et mens* son dos palabras de latin que quier tanto dezir, en romance, como testimonio de la voluntad del ome. E destas palabras... Ca en el se encierra o se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face; estableciendo en el su eredero e departiendo lo suyo en aquella manera quel tiene por bien que finque lo suyo, despues de su muerte...»

Dedúcese por consiguiente de esta ley:

1.° Que el testamento ha de hallarse revestido de ciertas condiciones que la ley exige para su validez.

2.° Que este acto es revocable.

3.° Que no empieza á tener efecto sinó despues de la muerte del testador.

4.° Que es expresion fiel de la voluntad del testador.

5.° Que en él se dispone del todo ó parte de los bienes.

Respecto á las solemnidades del testamento, son tan necesarias que sin ellas no existe verdero testamento. No basta que se pruebe cuál fué la voluntad del testamento, es preciso que esta voluntad se haya manifestado bajo cierta forma y llenando ciertos requisitos. En artículos porteriores desarrollaremos estas indicaciones.

En cuanto á la revocabilidad del testamento, claro es que desde que afirma que es expresion de la última voluntad, ha de ser revocable, porque de lo contrario, podría resultar que no era la última voluntad del testador la que se cumplía.

A mayor abundamiento otra ley de Partida (la 25) dice: «la voluntad del ome es de tal natura que se muda en muchas maneras: e por ende ningun ome non puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda despues mudar, quando quissiere, fasta el día que muera; solamente que sea en su memoria, quando lo camiare, e que faga otro acabadamente».

La ley del Fuero Real (2.ª, tít. V, lib. III) dice: «Si alguno despues que fiziere su manda, quier seyendo sano, quier enfermo, e despues fiziere manda en qual tiempo quier que seà de aquellas cosas de que primeramente habie mandadas, la postrimera manda vala...» (1)

Que el testamento no empieza á tener eficacia hasta despues de la muerte del que lo otorgó, se desprende de su naturaleza misma y de los fines que está llamado á realizar.

Que es fiel expresion de la voluntad, Modestino lo definió en estas palabras: «*Voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis mortem suam fieri velit* (ley 1.ª, tít. I, lib. XXVIII). ¿Qué otra cosa podía ser sinó la voluntad del moribundo?

En cuanto á la disposicion de los bienes que de él se hace, debe tenerse presente: 1.°, que no solamente se dispone de los bienes en el testamento, sinó que se hacen, disponen ó mandan otras cosas que el testador desea que sean practicadas, tales como funerales, misas, nombramiento de tutores y curadores, etc., etc.; y 2.°, que se puede disponer de todo ó parte de los bienes con arreglo al principio de que se puede morir en parte testado y en parte intestado, como dijimos en el artículo anterior.

Artículo 886.—El testamento es comun ó especial.

El comun puede ser abierto ó cerrado.

(1) Véase el capítulo «De la renovacion é ineficacia de los testamentos».

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. I, Partida 6.ª

COMENTARIO

La voluntad del testador puede ser comun y especial. La primera es la que se otorga con arreglo á las leyes civiles. El especial es el que puede otorgarse con arreglo á las disposiciones de las Ordenanzas del ejército. De él nos ocuparemos oportunamente.

El testamento comun es siempre de un género; mas en cuanto á las solemnidades eternas que reviste puede ser de dos clases, el nuncupativo ó abierto, y el escrito ó cerrado.

El abierto puede tambien ser escrito, bien en protocolo, bien por cédula, pero puede hacerse oralmente. El cerrado siempre es escrito, como veremos oportunamente.

El Fuero Juzgo reconocía cuatro modos distintos de otorgarse el testamento; tales son: 1.°, el hecho por escrito, firmado por el mismo testador y los testigos; 2.°, el firmado únicamente por el testador ó por los testigos si aquél no firmaba; 3.°, el otorgado por una persona que no supiese escribir, en cuyo caso bastaba que otra lo escribiese y firmase por él; 4.°, el que se hacía oralmente ante testigos, sin escribir nada. Con arreglo al Fuero Juzgo se prescribía que la *manda del muerto que es fecha por escripto fasta seis meses debe ser manifestada ante el obispo*.

En cuanto al Fuero Real, dice le ley 1.ª, título V, lib. III: «Todo ome que fiziere su manda, quier seyendo sano, quier enfermo, fágalo por escripto de mano de los escribanos ó de alguno dellos que sean públicos, ó por otro escribano en que ponga su sello conoscido: que sea de creer ó por buenas testimonias, la manda que fuere fecha en cualquiera destas cuatro guisas, vala por todo tiempo si aquel que la fizo no la desfiziere».

De las solemnidades hoy en vigor nos ocuparemos en los artículos siguientes.

SECCION SEGUNDA

DE LAS SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO COMUN

Artículo 887.—El testamento abierto se otorgará manifestando el testador su voluntad ante escribano y tres testigos vecinos del lugar, ó solamente ante cinco testigos de la misma calidad ó siete que no la tengan.

Si no pudieren hallarse cinco testigos vecinos ni escribano, bastará que se otorgue ante tres testigos de la misma vecindad.

El testamento que no se hubiere protocolizado al tiempo del otorgamiento, podrá elevarse á escritura pública á instancia de parte legítima.

ORÍGENES

Ley 11, tít. V, lib. II, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. V, lib. III, Fuero Real.
Ley 194 del Estilo.
Ley 1.ª, tít. XIX, Ordenamiento Alcalá.
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.
Art. 1380 Ley Enjuiciamiento civil.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 971 Cód. Francia, que exige dos notarios y dos testigos, ó un notario y cuatro testigos.—Lo mismo el 777 Italia.—El 985 Holanda exige un notario y dos testigos.—Lo mismo el 649 Vaud.—El 1571 Luisiana exige un notario y tres testigos residentes ó cinco que no lo sean.

JURISPRUDENCIA

El testamento nuncupativo revestido de las formalidades prevenidas en la ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., no puede ser destruido por la declaracion de uno de los testigos de él, acerca de un hecho independiente de su otorgamiento (Sent. 27 Abril 1861).

Segun la legislacion especial de Cataluña, el testamento nuncupativo no sacramental exige para su validacion la escritura pública y la concurrencia de dos testigos idóneos, rogados al efecto por el testador, los cuales presencien de continuo el acto hasta su terminacion, ó sea hasta que la escritura quede otorgada y firmada por los concurrentes (Sent. 25 Octubre 1861).

La ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., al determinar los varios modos cómo pueden ordenarse los testamentos nuncupativos, se limita á exigir que la verdad legal de los mismos se puede probar por cualquiera de los medios que en ella se establecen expresamente, prescindiendo de muchas de las solemnidades y formas rituales del Derecho Romano adoptadas por las Partidas (Sent. 6 Diciembre 1861).

La ley no exige la necesidad de que se intente, principie y concluya el ordenamiento de un testamento nuncupativo bajo las prescripciones de una sola de las maneras de otorgarlo que establece, no prohibiendo que se constituya por otra (Sent. 6 Diciembre 1861).

Exigiendo las leyes como solemnidad para la validez de los testamentos la intervencion de los testigos en el número que las mismas prescriben, la falta de los que en el documento autorizado por el escribano aparezcan haber intervenido con aquel carácter no puede suplirse con otras personas de que no se hace mencion en él, por más que se hubiesen hallado presentes en aquel acto, pues áun cuando su testimonio pudiese constituir un medio ordinario de prueba en otro caso, no es suficiente ni admisible para subsanar el defecto de solemnidad requerida (Sent. 26 Setiembre 1862).

Segun Fuero de Aragon es válido y firme el testamento otorgado ante el párroco y dos testigos vecinos del lugar, cuando no puede concurrir escribano, con tal que sea *adverado* en forma (Sent. 18 Setiembre 1863).

Con arreglo á las leyes recopiladas, así en los testamentos nuncupativos ordenados ante escribano público, como en cualquiera otro instrumento solemne, es indispensable para su validez que los testigos presentes, á lo ver otorgar, se enteren de su contenido, leyéndoseles íntegramente á presencia de los otorgantes y sin que pueda serles reservada parte alguna del mismo (Sent. 14 Mayo 1864).

Los tribunales no pueden, en cuanto á la prueba de la existencia legal de un testamento, formar su conviccion por los amplios y racionales

medios que para los hechos comunes establece el art. 317 de la ley Enjuiciamiento civil, sinó que deben necesariamente ajustar su criterio á las reglas especiales que para tales casos establece el Derecho (Sentencias 22 Octubre 1864, 28 Octubre 1864 y 4 Marzo 1865).

Esta regla admite algunas excepciones: 1.ª, cuando en el pueblo no existe ningun funcionario de esta clase, pues entónces podrán autorizarles los numerarios de otros lugares; 2.ª, si se hallase vacante la escribanía del lugar; 3.ª, cuando un escribano con autorizacion real tenga residencia y lleve su protocolo, remitiendo su índice á la audiencia del territorio (Sents. 17 Setiembre 1858, 6 Febrero 1866, 9 Octubre 1863 y 13 Octubre 1865).

Por más privilegiado que sea el testamento del padre hecho entre sus hijos, no puede carecer de las circunstancias especiales cuya falta le invalidaría, como son la expresion del dia, mes y año de su otorgamiento (Sent. 2 Marzo 1865).

La aseveracion hecha por el escribano que autorice el testamento de la vecindad y conocimiento del testador y de los testigos instrumentales, sólo puede destruirse por una prueba completa en contrario (Sent. 5 Marzo 1866).

El testamento nuncupativo que un escribano otorga por sí y ante sí con tres testigos, no estando comprendido en el protocolo, ni signado, no puede decirse celebrado por escritura pública en toda forma y con los requisitos debidos para que por sí pueda probar legalmente la última voluntad del testador. Dicho testamento, si se estima ordenado por cédula, necesita de escribano público y tres testigos á lo ménos, vecinos del lugar en que se hiciere, ó de cinco de éstos, tambien vecinos, no concurriendo aquél (Sent. 25 Mayo 1866).

Ni por el art. 1380 ni por el 1383 de la ley de Enjuiciamiento civil se dispone, que aceptado un medio de prueba de la existencia de un testamento, no pueda hacerse uso de los demas que reconoce el Derecho (Sent. 7 Diciembre 1866).

El escribano que intervenga en el otorgamiento del testamento ha de ser de número (Sent. 31 Diciembre 1863, 22 Octubre 1864, 28 Junio 1866, 8 Julio 1876 y 23 Marzo 1877).

La virtud y eficacia del testamento nuncupativo consisten esencialmente en la abierta ó paladina manifestacion de la voluntad del testador, ya la denuncie oralmente, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó memoria, para que todos los asistentes al acto la entiendan y recuerden en los casos prescritos por derecho (Id. id. id., y 4 Febrero 1879).

Es indiferente que el testador lea por sí mismo el documento en que consigne su voluntad ó que lo mande leer á otro, con tal que despues de leido lo oigan el escribano, si asistiese, y siempre el competente número de testigos, que aquel es su testamento ó última voluntad (Id. id.).

La voluntad del testador manifiesta y paladinamente expresada, puede probarse legalmente por escritura pública que autorice el escribano concurrente, y si no la autoriza ó por cualquier motivo voluntario, casual ó legal se inutilizase, por las unánimes declaraciones de los testigos, elevándose despues á protocolo con arreglo á derecho (Id. id.).

COMENTARIO

Hemos dicho que el testamento es abierto ó cerrado. Vamos á ocuparnos del primero.

La ley de Partida fijó las solemnidades del llamado testamento *nuncupativun*; pero sus disposiciones han sido modificadas por leyes posteriores.

El testamento nuncupativo ó abierto puede otorgarse por uno de estos tres medios: 1.º, oralmente ante el escribano y testigos: 2.º, por cédula, guardando las mismas solemnidades: 3.º, por escritura pública.

En cuanto á las solemnidades externas del testamento, la ley 2.ª, tít. XIX del Ordenamiento que es con alguna modificacion la 1.ª, título XVIII, lib. X, de la Nov. dispuso que «*Si alguno ordenare su testamento ó otra postrimera voluntad en cualquier manera con escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo ménos vecinos del lugar, donde el testamento se hiciere: y si lo hiciere sin escribano público que sean ahí á lo ménos cinco testigos, vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber: y si no pudieren ser habidos cinco testigos, ni escribano en el dicho lugar, á lo ménos sean presentes tres testigos vecinos de tal lugar: pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras cualidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar adonde se hiciere el testamento*»...

Con posterioridad la ley 3.ª de Toro, que es la 2.ª del mismo título y libro de la Nov., ha

añadido que: *Ordenamos e mandamos que la solemnidad de la ley del señor Rey D. Alonso que dispone cuantos testigos son menester en el testamento, se entienda e platique en el testamento abierto que en latin es dicho nuncupativo, agora que sea entre los hijos o descendientes legítimos, ora entre herederos estraños.*

Tales son, por consiguiente, las solemnidades que deben concurrir en el testamento abierto.

Debe tenerse presente en primer término que la ley habla del escribano del lugar, por lo cual es preciso no olvidar lo que se dispone en cuanto á la residencia en la ley del Notariado, en cuyo art. 7.° se dice que la residencia habitual de los notarios debe ser el punto designado en la creacion de su respectivo oficio, y en el 8.°, que los notarios pueden ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halle su Notaría.

Por consiguiente, todo notario no es apto para dar fe del otorgamiento de una disposicion testamentaria. Véanse, sin embargo, las tres excepciones que dejamos consignadas en la Jurisprudencia.

No son pocas las dudas á que estas leyes han dado lugar. Procuraremos apuntar las más principales.

¿Será válido el testamento otorgado ante cinco testigos si pudiendo no concurrió escribano? O lo que es lo mismo, cuando el otorgamiento tiene lugar ante cinco vecinos, ¿es potestativo usar del escribano? Matienzo opina por la negativa, fundado en que la ley añade: *y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano*, y que por consiguiente, se desprende *á contrario sensu* la necesidad de que concurra el escribano con los cinco testigos. Antonio Gomez, Covarrubias y Gutierrez, opinan, y nosotros participamos de su opinion, por la validez del testamento, no solamente porque segun expresa Covarrubias, no se leen aquellas palabras en el original de la ley, sinó estas otras: *et si fuere tal logar, do no puedan ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos*, sinó porque desde luégo se comprende la gradacion que ha querido establecer el legislador al decir más adelante que pueda otorgarse ante siete que no sean vecinos, aunque haya escribano y vecinos. La jurisprudencia se ha resuelto en este mismo sentido (Sents. 11 Enero 1860 y 10 Noviembre 1863).

¿Bastarán dos testigos vecinos y escribano cuando no sea posible hallar otro testigo?

Sala opta por la negativa, puesto que la ley exige, á lo ménos, tres y escribano. Escriche dice: «Puesto que más adelante se contenta la ley con tres testigos, cuando no pueden ser habidos cinco ni escribano, parece que no encontrándose sinó dos testigos y el escribano, se reunen ya los tres que busca la ley, pues el escribano debe reputarse, á lo ménos, por un testigo, y testigo que, aunque tal vez no sea vecino del lugar, merece, sin embargo, tanta fe como un testigo vecino, por suponerse persona conocida en el distrito». Opinamos como Escriche, pero á condicion de que el escribano sea tambien vecino, pues entónces deberá reputarse el testamento otorgado ante tres vecinos. Deberá además constar que se hicieron inútilmente diligencias en busca de otros testigos.

¿Es necesaria hoy la rogacion de los testigos?

Gregorio Lopez, glosa 7.ª de la ley 1.ª, tít. I, Partida 6.ª, y Acevedo, 1.ª, tít. *de Test.*, número 48, opinan que es necesaria la rogacion de los testigos. Gomez, en el núm. 29 de su comentario á la ley 3.ª de Toro, niega esta necesidad del mismo modo que Escriche, fundándose en que la Recopilacion no menciona esta circunstancia tomada antiguamente de las sutilezas del Derecho Romano. Gutierrez, concediendo gran importancia á este requisito, no se decide á exigirlo más que como un acto de urbanidad y que de hecho se presume.

El Tribunal Supremo ha declarado que en el testamento nuncupativo otorgado ante escribano público es indispensable para su validez que los testigos presentes «a lo ver otorgar» se enteren de su contenido, leyéndoseles íntegramente á presencia de los otorgantes y sin que pueda serles reservada parte alguna del mismo (Sent. 14 Mayo 1864).

¿Será necesaria la firma del testador en el testamento nuncupativo?

Lopez (glosa 2.ª, ley 2.ª, tít. I, Partida 6.ª) y Matienzo (glosa 3.ª, núm. 8), sostienen la necesidad de la firma, puesto que se exige en todos los documentos públicos y que en ninguno es tan necesaria como en el testamento. Del mismo modo se expresa Gutierrez. Sin embargo, este razonamiento, que puede tener aplicacion cuando el testamento se protocolice, no es aceptable cuando se ordena por cédula ó de palabra, por cuyo motivo bien pudiera sustentarse la teoría de que la falta de la firma del testador no invalida el testamento, siempre que en él se hayan guardado fielmente los demas requisitos de Derecho.

El testamento que no se protocolice por el escribano en el acto de su otorgamiento, sinó que

se haya hecho por cédula ó verbalmente ante testigos, deberá procederse, para que pueda tener debido cumplimiento, á escritura, protocolizándole con las mismas formalidades que para el hecho por cédula se exigen con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil. En su lugar nos ocuparemos de esta materia.

Véase cap. IV de este mismo Título.

Artículo 888.—En el testamento cerrado deberán observarse las formalidades siguientes:

Primera. Que esté escrito por el testador, y si no supiere ó no pudiere, por una persona á su ruego (*a*).

Segunda. Que firmen en la cubierta el escribano, siete testigos y el testador. Si éste ó los testigos no supieren, ó no pudieren han de firmar los unos por los otros (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. I, Partida 6.ª
Ley 11, tít. V, lib. II, Fuero Juzgo.

(*b*) Ley 2.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec. (3.ª de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 976 Cód. Francia.—987 Holanda.—1577 y 1578 Luisiana.—Leyes 21 y 28, párr. 1.º, tít. XXIII, lib. VI, Código.—Ley 21, tít. I, lib. XXVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Mayo 1864.

El testamento cerrado es válido aunque no se observen las solemnidades de la ley de Partida, con tal que se guarden las de la 3.ª de Toro, porque el derecho supletorio no puede prevalecer sobre el principal (Sent. 28 Julio 1846).

El objeto de la intervencion de los testigos en los testamentos no se llena del mismo modo en los abiertos que en los cerrados, puesto que los de los primeros tienen que enterarse y dar testimonio de cuanto en ellos se dispone, miéntras que los de los segundos no son llamados más que para oir la fórmula del otorgamiento, hecho aislado é independiente del contenido del testamento (Sent. 21 Junio 1860).

Cuando hay exceso de testigos en un testamento, queda éste válido si concurriesen á él los señalados por la ley, aunque se eliminen por alguna tacha los que sobrasen del número legal (Sent. 6 Febrero 1866).

La ley 2.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., que establece las solemnidades del testamento cerrado, nada dice sobre la persona que debe escribir la disposicion.—Dicha ley debe entenderse revocatoria de las anteriores que establecían las formalidades referentes al efecto (Sent. 2 Julio 1868).

No es doctrina admitida por jurisprudencia la de que, cuando sólo uno de los testigos de un testamento cerrado conoce al testador, no existe la prueba de la identidad del que testó (Sent. 2 Julio 1868).

La sentencia que declara válido el testamento cerrado hecho por el que no sabe leer ni escribir, no infringe la ley 2.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., puesto que la referida ley no prohibe que firme por el testador que no sabe hacerlo, la escritura del testamento, uno de los testigos que intervengan en su otorgamiento, y ántes bien, despues de ordenar que la firmen testigos y testador, «si supieren y pudieren», dispone á seguida, «y si no supieren y el testador no pudiera», comprendiendo repecto á éste los casos de ignorancia y de impotencia, «que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y más el signo del escribano», sin hacer tampoco distincion alguna de testigos y testador (Sent. 6 Abril 1877).

No ofreciendo duda alguna que la referida ley recopilada no tuvo otro objeto ni se propuso tampoco más que establecer la solemnidad externa de los testamentos, es improcedente, por carecer de todo apoyo, la deduccion que se hace de algunas de las palabras de dicha ley, para sentar que dispone que no puede testar por escrito el que no sabe escribir, cuando no se trata en ella de la capacidad del testador, sinó de la solemnidad del testamento; y existiendo y estando vigente la ley de Partida que declara este derecho, debió haberlo derogado con claridad y precision (Sent. id. id. id.).

COMENTARIO

La ley de Partida dice respecto del testamento *in scriptis*: «En escrito queriendo alguno fazer su testamento segun dize en la ley ante desta, si por auentura lo quisiere fazer en poridad, que non sepan ninguno de los testigos lo que es escrito en él, puedelo fazer desta manera. Deue él, por su mano mesma, escreuir el testamento, si sopiere escreuir, e si non deue llamar a otro qualquisiere, en quien se fie, e mandegelo es-

creuir en su poridad. Despues que fuere escrito, deue doblar la carta e poner en ella siete cuerdas, con que se cierre, de manera que finquen colgadas, para poner en ellas siete sellos, e deue dexar tanto pergamino blanco de fuera en que puedan los testigos escreuir sus nomes: e despues desto, deue llamar e rogar tales siete testigos, como dice en la ley ante desta, e mostrarles la carta doblada e dezirles asi: Este es mi testamento: e ruegovos, que escriuays en él vuestros nomes o que lo selleys con vuestros sellos. E él, otrosi, deue escreuir su nome, o fazerlo escreuir, en fin de los otros testigos ante ellos, diziendo assi: Yo otorgo, que este es el testamento que yo fulano fize, e mandé escreuir».

Estas ritualidades, hijas del Derecho Romano, no se observan en los testamentos. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo al decir en un fallo de 28 Julio 1846, que no es nulo el testamento cerrado en que no se observen las solemnidades que exige para los de su clase la ley 2.ª, tít. I, Partida 6.ª, con tal que se observen las de la ley 3.ª de Toro, que es la 2.ª, título XVIII, lib. X, Nov. Rec.; puesto que la falta de las que enumera dicha ley 2.ª de Partida, no lleva consigo la nulidad del testamento, en razon á que el derecho supletorio no puede prevalecer sobre el ordinario y principal que no las exige, y en que estando como están y no pueden ménos de estarlo en completa inobservancia la mayor parte de las solemnidades de la citada ley de Partida, el distinguir de entre todas ellas cuáles deben observarse y cuáles no, bajo pena de nulidad, sería un acto arbitrario y no legal.

La ley recopilada, que está en vigor, dice: «*...pero en el testamento cerrado que en latin se dice in scriptis: mandamos que intervengan á lo ménos siete testigos con un escrivano: los quales ayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador, si supieren, ó pudieren firmar, y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros de manera que sean ocho firmas y el signo del escrivano...*»

En su consecuencia, el testamento escrito, se otorgará encerrando el pliego en que conste la última voluntad del testador bajo una cubierta que se cerrará con las debidas formalidades, aconsejadas por la costumbre y por la prudencia. En dicha cubierta se extenderá por el escribano diligencia de otorgamiento y firmarán los testigos con el escribano y testador en el modo y forma que decimos en este artículo. Los testigos y escribano ignoran generalmente cuál es el contenido del testamento; por eso no darán fe más que del acto en el cual el testador presentó el que dijo ser su testamento y lo demas que se expresará en la diligencia de la cubierta. Aunque el escribano y todos ó algunos testigos conozcan el contenido del testamento y sus disposiciones, no se altera el carácter con que intervienen en el otorgamiento.

Como la ley recopilada al hablar de las firmas de la cubierta dice: «*si los testigos no supieren y el testador no pudiere firmar, firmen los unos por los otros*» se ha suscitado la duda de si el testador está comprendido en los dos casos de ignorancia é impotencia, ó solamente en este último, ó lo que es lo mismo, si el que no sabe firmar puede otorgar el testamento bajo esta forma.

«El fundamento de esta duda—dice Sancho Llamas— nace de que así como al ciego, para remover toda sospecha de fraude, no se le permite otorgar su testamento por escrito, á causa de que por la falta de vista, ni podía escribirle por sí, ni leer lo que otro hubiere escrito, y quedaría expuesta á fraudes su disposicin; concurriendo en el que ni sabe escribir ni leer el mismo peligro de ser suplantada su disposicion por no poder escribir por sí ni leer lo que otro hubiese escrito, parece, segun aquel principio legal de que donde se halle igual razon debe regir la misma disposicion de derecho, que el que no sabe escribir ni leer está impedido de hacer su disposicion por escrito, pues á la verdad la única diferencia que media entre el ciego y el que no sabe leer ni escribir, es que éste puede ver materialmente á los testigos; pero esta diferencia ni aumenta la fe y crédito que se les debe dar á sus dichos, ni disminuye el peligro y sospechas de fraude en el que extendió por escrito su disposicion».

De esta manera opina Colon (lib. III, Instruccion de escribanos), que dice que para otorgar esta clase de testamentos, es preciso cuando ménos leer bien la letra de mano.

El mismo Llamas (núm. 71 y sig., ley 3.ª Toro), dice que las mismas palabras de la ley denotan y suponen en el testador la ciencia de escribir, porque de lo contrario hubiera hablado la ley de los dos casos de impericia ó impotencia, como lo hizo tratando de los testigos.

En el mismo sentido se expresan los señores Goyena y Gutierrez, que dicen que el testador que ignora leer y escribir se halla realmen-

te en el caso del ciego, al que todas las legislaciones negaron la facultad de otorgar testamento *in scriptis* ó cerrado.

El Sr. Gomez de la Serna (1) asiente del mismo modo á tan autorizadas opiniones, que por otra parte son las aceptadas por casi todos los Códigos de Europa.

Otros autores, por la inversa, sostienen la posibilidad de que otorgue testamento escrito el que no sabe leer, citando en su apoyo la ley del Fuero Juzgo, que dice: «Si aquel que faze la manda no sabe escreuir por su mano e diere otro ome que escriua por él...» En favor de esta doctrina se declararon Febrero (2) y Escriche, y ha prevalecido en los tribunales.

En este sentido resolvió la duda una sentencia de la Audiencia de Madrid, fundándose así: 1.° Que es principio de Derecho que puede otorgar testamento todo el que no tiene prohibicion legal de hacerlo en todas ó alguna ó algunas de las formas establecidas por las leyes. 2.° Que semejante prohibicion, relativamente al otorgamiento del testamento cerrado, no alcanza, segun el texto expreso de las leyes 1.ª y 2.ª, tít. I, Partida 6.ª, al que no sabe escribir, puesto que previene «que en tal caso debe llamar a otro cualquiera en quien se fie e mándegelo escrebir en su poridad». 3.° Que las citadas leyes de Partida no están derogadas por la 3.ª de Toro, puesto que siendo (los casos sobre que versan) entre sí distintos, aquel en que el testador no sabe escribir y hace redactar y firmar el instrumento expresion de su voluntad testamentaria, y aquel otro en que puesto ya bajo un sobre cerrado y lacrado, identifica, entrega y hace suscribir en su nombre ante notario y testigos este mismo sobre ó cubierta; la última de dichas leyes que de estas formalidades externas se ocupa tan sólo, no ha derogado ni podido derogar lo que respecto á la solemnidad interna permitían las de Partida al que no sabe escribir. 4.° Que á falta de prohibicion expresa de que teste por escrito el que no sabe leer ni escribir, como existe respecto del ciego, no cabe, por sólo la razon de analogía, hacerla extensiva al primero, tanto ménos cuanto que, si se concede que la firma del extraño tiene eficacia para validar lo que como expresion de la voluntad del testador no instruido en la escritura, se consigna en el documento que la cubierta encierra, no es posible, sin repugnante contradiccion, admitir no tenga á los ojos de la ley igual eficacia para garantizar la mera identidad y existencia del pliego que ya, no únicamente ante el testador y persona que lo extiende y firma, sinó ante otras siete personas y un notario público, presenta tan sólo la suscricion ó identificacion.

Por sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Abril de 1877, se cofirmó la anterior sentencia en los términos que dejamos consignados en el lugar correspondiente.

Una vez resuelta en este sentido la cuestion, hemos redactado nuestro artículo de acuerdo con la jurisprudencia.

Pueden presentarse algunos casos en que no esté bien claro á qué clase de testamento pertenece el otorgado, y si tiene ó no valor.

Gutierrez presenta el siguiente caso: «Cierto individuo, atacado de una gran enfermedad, quiso hacer testamento, y al efecto llamó un escribano y tres testigos, delante de los cuales comenzó á manifestar su voluntad; escrita en disposicion tal como la habia ordenado, y ántes de habérsela leido para que prestase su conformidad, manifestó que quería testar por escrito; fué preciso, en su consecuencia, llamar nuevos testigos, mas ántes de que viniesen, y miéntras el escribano se ocupaba en cerrar el testamento, murió el testador. ¿Valdría el testamento como nuncupativo, ya que no valiese como escrito?» Gutierrez opina por la validez, en atencion á que el nuncupativo quedó perfecto, y ningun acto válido posterior ha venido á anular aquél.

Acevedo opta por la nulidad, fundado en que ninguno de los dos actos puede llamarse perfecta voluntad del testador.

Por último, el acto de otorgar testamento es un acto serio que exige todo nuestro esmero y cuidado: así es, que las palabras de la ley de Partida: «los omes que quieren facer sus testamentos, pues que los han comenzado ante los testigos, que non metan entre medias otros fechos extraños, fasta que los hayan acabados; fueras si lo ovieren a fazer por cosa que non pudiesen escusar, asi como si el dolor de la enfermedad...» Si bien no es de necesidad observarlas, conviene tenerlas presentes.

Artículo 889.—El ciego únicamente podrá otorgar testamento abierto ante cinco testigos y escribano que hagan constar la volun-

(1) *Revista de Legislacion*, tomo XXIV, pág. 228.

(2) *Libro de jueces, abogados y escribanos*, lib. I, cap. I, párrafo 18, núm. 218.

tad de aquél por escritura que firmarán los que pudieren por sí y por los que no pudieren ó no supieren hacerlo.

Si no fuere posible hallar escribano, deberán concurrir ocho testigos, uno de los cuales escribirá las palabras del testador.

ORÍGENES

Ley 14, tít. I, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec. (3.ª de Toro).

JURISPRUDENCIA

Discutiéndose en un pleito sobre la nulidad del testamento de un ciego por no haber intervenido escribano público con los cinco testigos que asistieron á su otorgamiento, no es aplicable la ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., porque dicha ley no dispone que en el caso de no concurrir el escribano, lo haga por éste un número adecuado de testigos.

Si resulta de autos que el testamento otorgado por un ciego consta en cédula que aparece hecha ante siete testigos, de los cuales los más no fueron presenciales, porque no vieron al testador sinó que oyeron al sacerdote leer la última voluntad del testador, que invertía la mayor parte de su herencia en misas y para las ánimas; y corroborado el dicho testamento, se advirtió que no compareció á declarar uno de los testigos, presentándose en su lugar otro que no se nombraba en la cédula como testigo; la sentencia que declara nulo ese testamento, no infringe las leyes 2.ª, tít. XVIII, lib. X, Novísima Recopilacion, y 14, tít. I, Partida 6.ª, porque ésta no es aplicable al caso discutido en el punto ó particular que se dice infringida; mediante á que, áun cuando se dispone por la citada ley: «que el ciego para fazer testamento debe llamar siete testigos en lugar del escribano público e si el escribano non se pudiera haber, deben haber otro que le escriba e que sea con el ocho testigos en lugar del escribano», no establece, sin embargo, que el escribano puede sustituirse con un testigo no llegando á siete los que asistan al otorgamiento; y porque habiendo declarado la ley 2.ª recopilada: «que la solemnidad determinada en la del Ordenamiento de Alcalá, que es la 1.ª de los mismos título y libro, se entienda y practique en el testamento abierto que en latin se llama nuncupativo, mandando que en el del ciego intervengan al ménos cinco testigos, debe entenderse asistiendo escribano, como se ordena por la anterior respecto al nuncupativo para el caso en que á su otorgamiento sólo asistan cinco testigos no vecinos, una vez que no había de dejar la citada ley de Toro más expuesto al fraude y al engaño, segun quedaría el testamento del ciego, y con menor solemnidad que el abierto, y que es patente que esta expresada ley se limitó á modificar la que la precede únicamente respecto al número de testigos que habían de asistir al referido testamento del ciego con intervencion de escribano (Sent. 13 Junio 1877).

COMENTARIO

La necesidad de prever y evitar el fraude tan posible, tratándose del ciego, ha impulsado á todos los legisladores á rodear sus testamentos de ciertas solemidades que sean garantía de su autenticidad.

Algunos Códigos, como el frances y el sardo, no hacen mencion del ciego, pero es porque desde luégo, y sin necesidad de aclaracion, se le reputa comprendido entre los que no saben ó no pueden leer ni escribir.

Nuestra ley de Partida adoptó una forma especial de testamento nuncupativo en que habían de concurrir mayor número de solemnidades: *El ciego non puede fazer testamento, fueras ende de esta manera: deue llamar siete testigos e un escriuano publico: e delante dellos deue dezir como quiere fazer su testamento. Otrosi deue nombrar quales son aquellos que establece por sus erederos e que es lo que manda: e el escriuano deue escreuir todas estas cosas delante los testigos, o si eran ante escritas, deuen ser leydas delante dellos: e despues que fueren escritas o leydas, deue dezir el ciego manifiestamente, como aquél es su testamento. E de si, cada uno de los testigos, deue escreuir su nome en aquella carta, si supiere escreuir; e si non deuelo facer escreuir a otro. E tambien el escriuano publico que escriuiere la carta, como los testigos, deue sellar la carta con sus sellos: e si el escriuano publico non se pudiere auer, deuen auer otro que lo escriua, e que sean con el ocho testigos en logar del escriuano. E esta guarda deue ser fecha en el testamento del ciego, porque non pueda ser fecho ningun daño.*

Esta ley está vigente, salvo en la pequeña parte que ha sido reformada por la recopilada, 3.ª de Toro, que dice: *e mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos*

a lo menos...; los cuales testamentos... si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos mandamos que no fagan fe ni prueba en juicio ni fuera del.

Por consiguiente, cuando en el otorgamiento de estas últimas voluntades intervenga escribano, bastará que concurran cinco testigos, es decir, dos más que en el ordinario.

Con motivo de estas leyes, los autores han suscitado varias dudas.

¿Es necesario que intervenga escribano público en el testamento del ciego?

Gregorio Lopez resuelve esta dificultad en el sentido de no ser necesaria la intervencion del escribano. En el mismo sentido se expresan Cifuentes, Gomez y Llamas, porque—dice este último—si la ley del Ordenamiento corrigió ya estas leyes (las de Partida) cuando estableció por punto general que en todos los testamentos y últimas voluntades fuese suficiente el númemero de cinco testigos sin escribano, ó de tres con intervencion de éste, es manifiestamente falso que, despues de publicada la ley del Ordenamiento fuese necesaria la existencia de escribano público en el testamento del ciego, segun se disponía en la ley civil citada y en la de Partida, que quedaron derogadas por ella en esta parte. Ahora bien, si por la ley del Ordenamiento se corrigió la disposicion de la del Código y de las Partidas en la parte que ordenában que en el testamento del ciego interviniese un escribano público, y por la presente ley (3.ª de Toro) no se ha renovado lo dispuesto por las expresadas leyes, contentándose la de Toro con mandar que en el testamento del ciego intervengan á lo ménos cinco testigos, ¿no será un manifiesto absurdo pretender é inferir que no habiendo derogado la presente ley la disposicion de la Partida está en su fuerza y vigor dicha disposicion?

Por el contrario, Búrgos de Paz, Tello, Matienzo y el Sr. Gutierrez entienden que es necesaria la asistencia del escribano en atencion á que la ley de Toro no hizo otra cosa que disminuir el número de testigos que se necesitaban en dichos testamentos, pero sin alterar las demas solemnidades, entre las cuales se cuenta la presencia del escribano público. Los partidarios de la opinion contraria no niegan que el testamento del ciego es especial; y pregunta Gutierrez; ¿cómo y en qué lo es si no necesita escribano? ¿por ventura no'ha dicho la ley que es válido el testamento hecho á presencia de cinco testigos sin escribano? ¿luego qué tiene de particular si cualquiera es árbitro de testar como él lo hace?

Por otra parte, la necesidad de evitar un fraude aconsejó rodear de mayores solemnidades estos testamentos: la ley misma no ha creido que debiera comprenderlos entre las demas disposiciones ó últimas voluntades y hace párrafo aparte para ocuparse de ellos.

Hoy esta cuestion está resuelta en los tribunales. La Sent. de 13 de Junio de 1877 que colocamos en su oportuno lugar, exige la presencia del escribano.

Si no fuese posible la asistencia del escribano, ¿qué número de testigos habrán de concurrir?

Algunos autores entendían que faltando el escribano, tendría aplicacion el principio de la ley de Partida que exige la presencia de un testigo más si el escribano falta. Otros, por el contrario, creyeron que en esta parte había de observarse fielmente la ley de Partida, que dispone sean ocho los testigos. Así parecía tambien, dado el carácter especial de este testamento, que en ningun caso es posible suponer que se otorgue con ménos solemnidades que el comun. En este sentido ha resuelto la duda el Tribunal Supremo (Sent. ántes citada).

Algunos autores, Tello por ejemplo, dicen que el testamento del ciego no puede otorgarse oralmente, sinó que precisamente se ha de reducir á escrito en el acto del otorgamiento, sin que pueda probarse por testigos.

No sabemos que esta duda se haya resuelto aún por jurisprudencia: la mayor parte de los autores callan sobre ella.

Artículo 890.—El sordo-mudo puede otorgar testamento escribiéndolo por su propia mano.

Si no supiese escribir, pero sí leer, podrá escribirlo otro á su ruego.

Del mismo modo puede otorgarlo el que fuere únicamente mudo.

ORÍGENES

Ley 13, tít. I, Partida 6.ª
Ley 12, tít. V, lib. II, Fuero Juzgo.

JURISPRUDENCIA

La ley 1.ª, tít. I, Partida 6.ª, limitada á nuevas y generales disposiciones sobre testamentos, no es aplicable á los otorgados por los sordos (Sent. 21 Mayo 1860).

La ley 13, tít. I, Partida 6.ª, en sus especiales prescripciones para la testamentificacion de los sordos, se refiere á los totalmente imposibilitados de manifestar su voluntad de otro modo que por escrito (Sent. 21 Mayo 1860).

COMENTARIO

La ley de Partida, al ocuparse de quiénes no pueden otorgar testamento, dice: «*Otrosi dezimos que el que es mudo o sordo desde su nascencia, non puede fazer testamento. Empero, el que lo fuesse por alguna ocassion, assi como por enfermedad o de otra manera, este atal si sopiese escreuir, puede fazer testamento, escriuiendolo por su mano misma. Mas si fuesse letrado* (1) *e non sopiesse escreuir, non podria fazer testamento. Fuera ende vna manera: si le otorgasse el Rey, que le escriuiesse otro alguno en su lugar. En esta manera misma podria fazer testamento el ome letrado que fuesse mudo de su nascencia, maguer non fuesse sordo: e esto acaesce pocas veces...*»

Esta ley se aplica é interpreta más por su espíritu que por el rigor de sus palabras.

Así es, que el principio general de que el sordo-mudo no puede testar, se entiende únicamente en el caso, comun cuando se hicieron las Partidas, hoy rarísimo, de que el sordo-mudo no sepa leer ni escribir.

Aunque el precepto de la ley, cuando habla de sordo-mudo de nacimiento, no es condicional como el dictado por Justiniano: *Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt*, debe entenderse, y así lo han explicado los autores y aplicado los tribunales, dependiente esta facultad de la ignorancia de sordo-mudo.

Por consiguiente, hoy que por fortuna se ha progresado tanto en el arte de enseñar á los sordo-mudos á comunicarse con sus semejantes y á leer y escribir, sería una injusticia privarles de un derecho tan sagrado como el de disponer de sus bienes para despues de la muerte.

En cuanto á la licencia del Rey de que se habla en las Partidas, la costumbre la ha hecho innecesaria por completo, y en su virtud, el sordo-mudo que sabe leer puede otorgar su última disposicion sin más solemnidades que las que hemos visto se exigen en el testamento nuncupativo ó cerrado, pues de ambas maneras puede testar.

(1) Que sabe leer.

Artículo 894.—Las memorias testamentarias son válidas cuando aparecen con la propia forma y circunstancias designadas en el testamento para reconocer su validez.

ORÍGENES

Costumbre admitida por jurisprudencia.
Art. 1398 y siguientes Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Mayo 1858.

Las memorias testamentarias son válidas cuando aparecen en la propia forma que indica el testamento, por no haber ley que las prohiba y estar autorizadas por la práctica; pero es requisito indispensable haberse hecho mencion de ellas en el testamento (Sents. 10 Julio 1850 y 7 Octubre 1854).

Ademas de existir en apoyo de las memorias testamentarias autores respetables y jurisprudencia, las ha reconocido como eficaces y valederas el legislador, en el hecho de haber prescrito reglas en los arts. 1398, etc., de la Ley de Enjuiciamiento para su protocolizacion, reglas que no es lícito graduar de ociosas é irrisorias (Sent. 30 Enero 1856).

Las cédulas testamentarias que contengan las circunstancias prevenidas por el testador son válidas y forman parte de su testamento, siquiera no se hallen firmadas por él (Sent. 19 Octubre 1861).

Aunque el testador hable en su testamento de una sola memoria, y se halle mayor número, se podrán todas considerar como una y continuacion de la primera, cuando así aparezca de su contexto, haya entre ellas conexion y enlace de los sucesos ocurridos, resulten necesarias las posteriores y sea una misma la forma de su redaccion (Sent. 28 Enero 1862).

Ha de estarse á la apreciacion que en uso de sus facultades haga la Sala sentenciadora respecto á que la letra y firma de los sobres y de la memoria son de puño y letra del testador y manifiesta la autenticidad de todas ellas, cuando contra esa apreciacion no se haya alegado infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 13 Octubre 1873).

Si resulta de autos que una testadora anunció en su testamento la existencia de una memoria, disponiendo: «que si entre sus papeles

ó en poder de otra persona de su confianza apareciese una memoria escrita por ella ó por otra persona, firmada de su mano, en la que se hicieran declaraciones, mandas ó cualquiera otra cosa concerniente á disponer de sus intereses, en papel simple ó sellado, era su voluntad se tuviera, observara y cumpliera como parte de su testamento y se mandara protocolizar con éste á su fallecimiento, á fin de que se cumpla lo que en ella ordena», aunque la testadora sólo hablase de una memoria y el número de las halladas ha sido dos, sobre cuya autenticidad no ha habido cuestion, ni se ha puesto en duda la primera, ya porque la segunda no la deroga expresamente, ya porque la índole de sus disposiciones respectivas hacen considerar ésta como una continuacion de aquélla, y ambas expresion de un todo en el que debe buscarse la voluntad de la testadora: al apreciarlas en este concepto la Sala sentenciadora no infringe... si para suponerlo así se parte del equivocado concepto de que son dos memorias distintas cuando en realidad no son más que una sola (Sent. 13 Junio 1877).

COMENTARIO

Antes de ocuparnos de las *Memorias testamentarias* vamos á decir dos palabras respecto á los codicilos.

Tomaron las Partidas del Derecho Romano los llamados codicilos, que no eran sinó disposiciones revocables como los testamentos; pero ménos solemnes que éstos y en los cuales disponía el testador de sus bienes á título singular.

Los codicilos, ó mejor dicho, una forma de última voluntad ménos solemne, ha sido siempre una necesidad que han experimentado los hombres. Merced á ella, junto con otras causas acaso políticas peculiares á Roma, nacieron los codicilos. Destruidos éstos por la ley de Toro, como veremos en otro lugar, y equiparados en un todo á los testamentos solemnes, nacieron las memorias testamentarias introducidas por la costumbre, reconocidas por la jurisprudencia y sancionadas últimamente por la ley de Enjuiciamiento civil.

Algunas legislaciones reconocen y dan fuerza y valor al llamado testamento *ológrafo*, esto es, aquel que está escrito por el testador y en el cual se prescinde de todas las solemnidades de testigos y escribano, que hemos visto se exigen para el nuncupativo y cerrado.

En esta clase de testamentos ológrafos, la garantía de la verdad de su contenido, esto es, la certeza de ser la fiel expresion de la última voluntad del otorgante, está en la firma del mismo testador y en que el resto del documento tambien está escrito de su puño y letra.

Nuestra legislacion no admite el testamento ológrafo, ántes al contrario, al determinar taxativamente qué solemnidades han de concurrir siempre en su otorgamiento, dejan prohibido el testamento ológrafo, que es nulo por sí mismo.

Esto no obstante, la costumbre se ha encargado de corregir la ley hasta el punto de que bien puede afirmarse, que hoy existe en España el testamento ológrafo tal vez con ménos solemnidad y garantía de autenticidad que en otros pueblos. No otra cosa son las *Memorias testamentarias.*

En efecto: otorga una persona un testamento en el cual no instituye heredero, ni hace legados, ni dispone absolutamente nada respecto de sus bienes, ni áun de las demas cosas que pueden ser objeto de su última disposicion; se limita únicamente á decir, que si á su muerte apareciere una memoria testamentaria que comience con tales ó cuales palabras, esté ó no escrita de su puño y letra, deberá considerarse como parte integrante de su testamento. Pues con sólo esto, la memoria testamentaria que aparezca á su fallecimiento se tendrá como parte del testamento, como el testamento mismo, y podrá disponerse en ella todo lo que podía disponerse en testamento, y áun aquello que estaba prohibido hacer en codicilo. Y más aún, si el testador habló de una sola memoria y luégo aparecen muchas, todas se tendrán como cláusulas del mismo testamento, siempre que por sus condiciones especiales resulte entre ellas cohesion, segun ha declarado el Tribunal Supremo.

Es decir, que son un verdadero testamento ológrafo, en el que no se exige que estén escritas de mano del testador, como para el testamento ológrafo determinan los arts. 970 del Código Frances, 775 del Italiano, 662 de Bolivia y en general todos los Códigos, ni se exige, como lo hacen estos mismos Códigos, que estén fechados, ni que se depositen en poder de un escribano, como en Holanda, Luisiana y Vaud, ni siquiera que se hallen firmados por el testador, nada, en fin, más que un testamento que anuncie su posible existencia.

Véase cómo nuestra legislacion, la más escrupulosa sin duda en cuanto á las solemnidades externas de los testamentos, ha sido alterada de

la manera que ménos garantías de seguridad pueden ofrecerse.

¿Qué puede disponerse en las memorias testamentarias? Los autores, en general, hacen aplicacion á estos documentos de lo dispuesto en las leyes de Partida, que prohiben que se haga la institucion de heredero fuera del testamento, y que se pongan del mismo modo condiciones al instituido. Otros, sin embargo, y en nuestro sentir con más lógica, sostienen que es imposible equiparar las memorias testamentarias á los codicilos, porque éstos eran, ántes de la ley de Toro, una expresion de la última voluntad, pero ménos solemne, y por lo tanto estaba justificado que la falta de solemnidades fuese al mismo tiempo causa de que en ellos no pudiesen hacerse ciertas disposiciones reservadas para los testamentos solemnes. Pero esta razon no concurre en las memorias. Éstas, por una ficcion admitida y sancionada, tienen las mismas solemnidades que el testamento, son cláusulas de un testamento solemne, son el testamento mismo, y se presume haber concurrido en su otorgamiento las mismas solemnidades que en aquél.

Admitida la ficcion de que se considere como parte de un testamento aquello que real y positivamente no es parte del mismo, debe aceptarse con todas sus consecuencias. De todas maneras el testador salva los inconvenientes que de aquí pudieran nacer, con sólo decir en su testamento que su memoria testamentaria se tenga por parte de su testamento, considerando como heredero á la persona ó personas que en la memoria designe, y con las condiciones y limitaciones que en la misma disponga. Con esta pequeña salvedad entienden los autores que es lícito nombrar heredero é imponerle condiciones fuera del testamento.

Tal es la doctrina vigente en esta materia.

Nosotros no somos enemigos del testamento ológrafo, desprovisto de solemnidades, pero con ciertos requisitos que sean garantía de su autenticidad. Las memorias ó cédulas testamentarias son hoy un medio de esquivar el cumplimiento de la ley: miéntras no se exijan en ellas siquiera que estén firmadas por el testador, seguirán siendo, como hasta aquí, un semillero de litigios escandalosos, donde el fraude y la codicia ponen no pocas veces la mano.

En el Proyecto de Código se disponía que: el testamento ológrafo, para ser válido, deberá hacerse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresion del lugar, año, mes y día en que se otorgue. Estas disposiciones están perfectamente justificadas. Las prevenciones contra el fraude jamas pueden considerarse como limitacion de la libertad.

SECCION TERCERA

DE LAS SOLEMNIDADES DE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES

Artículo 892.—Todo individuo que goce de fuero de guerra, puede otorgar testamento ológrafo ó de cualquier otro modo que haga constar su voluntad respecto de aquello que puede ser objeto de testamento.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. I, Partida 6.ª
Ley 12, tít. V, lib. II, Fuero Juzgo.
Leyes 7.ª y 8.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.
R. O. 17 Enero 1835.
Decreto 6 Diciembre 1868.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 1.ª, tít. XIII, lib. XXXVII, Digesto.—Ley 1.ª y siguientes, tít. XI, lib. II, Instituta.

El art. 981 Cód. Francia exige que se otorgue ante el jefe del escuadron ú otro oficial de grado superior y dos testigos, ó ante dos comisarios de guerra ó uno solo con dos testigos.

El 1945 Portugal, que se otorgue ante el auditor y tres testigos. El 993 Holanda, que se otorgue ante un oficial y dos testigos.

JURISPRUDENCIA

No desconoce la facultad que concede á los aforados de guerra la ley 8.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., para otorgar sus testamentos en cualquiera papel en que conste su voluntad, la

sentencia que declara no ser válida la copia de un testamento militar que no está firmada más que del testador, á pesar de expresarse en ella que sería firmada por testigos (Sent. 31 Mayo 1875).

COMENTARIO

La facultad concedida á los militares para otorgar sus testamentos en la forma que prefieran y prescindiendo de las solemnidades establecidas por Derecho civil, tiene por base en sentir del Rey Sabio el hacerles *honra e mejoria mas que a otros omes, por el gran peligro a que se meten, en servicio de Dios, e del Rey, e de la tierra en que viven.*

Reconocida esta facultad por el Fuero Juzgo, si bien de una manera confusa, las Partidas desarrollaron el privilegio considerando como buenas cualesquiera formas que el caballero aceptase para demostrar su voluntad.

En 1739 por Real Cédula de 28 de Abril, se limitó este privilegio para los casos de campaña, y siempre que el militar muriese durante ella. Mas en 1742 y posteriormente en 1752, se restableció la antigua doctrina en esta materia.

Las Ordenanzas del Ejército contienen acerca de este punto las siguientes disposiciones:

1.ª Todo individuo que gozare fuero militar segun está declarado en esta Ordenanza, le gozará tambien en punto de testamentos, ya sea que le otorgue estando empleado en un servicio de campaña, ó hallándose en guarnicion, cuartel ó marcha, ó en cualquier otro paraje.

2.ª En el actual conflicto de un combate ó sobre el inmediato caso de empezarle, podrá testar como quisiere ó pudiere por escrito sin testigos, siendo válida la declaracion de su voluntad como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad.

3.ª Igualmente será válido el testamento hecho de cualquiera de los modos que expresa el artículo precedente en todo naufragio ú otro cualquiera inminente riesgo militar en que se halle el testador, bastando en estos casos que manifieste seriamente su voluntad á dos testigos imparciales, aunque no sean rogados.

4.ª Igualmente será válida y tendrá fuerza de testamento la disposicion que hiciere todo militar, escrita de su letra en cualquiera papel que la haya ejecutado: y á la que así se hallare se dará entera fe y exacto cumplimiento, bien la haya hecho en guarnicion, cuartel ó marcha; pero siempre que pudiere testar en paraje donde haya escribano, lo hará con él segun costumbre (tít. XI, trat. VIII).

La inteligencia de esta última disposicion dió lugar á la duda de si podrían ó no los militares otorgar el testamento privilegiado en todas ocasiones, ó solamente á falta de notario. En Real Cédula de 24 de Octubre de 1778 (Ley 8.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.), se puso término á la duda, resolviendo «que todos los individuos del *fuero de guerra* pueden, en fuerza de sus privilegios, otorgar por sí sus testamentos en papel simple y firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo por ante escribano, con las fórmulas y cláusulas de estilo: y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal: y que así se cumpla y ejecute, no obstante cualesquiera leyes, decretos y órdenes anteriores».

En Real Orden de 17 de Enero de 1835, se reprodujo esta aclaracion en parecidos términos.

Para la aplicacion de estas leyes debe tenerse presente el Decreto de 6 de Diciembre de 1868, llamado de unificacion de fueros, en el cual se reduce el antiguo fuero militar de que disfrutaban los militares retirados, y áun en ocasiones sus mujeres é hijos. Colocado el fuero de guerra dentro de sus verdaderos límites, ha llegado á estar más justificado el privilegio de que nos venimos ocupando.

Estamos de acuerdo con el Sr. Gutierrez en que, cualquiera que sea el interes de los militares en sostener sus privilegios, como se los reconoce la Ordenanza, tenemos por más racional y hasta por más provechosa para ellos mismos la ley de Partida, que decia: «Queriendo fazer testamento algund caballero, si lo fiziesse en su casa, o en otro lugar, que non sea en hueste, débelo fazer en la manera que los otros omes... e si por auentura seyendo en facienda, veyendose en peligro de muerte quisiesse aquella sazon fazer su testamento, dezimos que lo puede fazer como pudiere e como quisiere...»

En efecto, lo que en campaña es una necesidad á que todos los Códigos atienden, en tiempo de paz carece de explicacion, y redunda en perjuicio mismo de aquellos que se enorgullecen con el privilegio.

Artículo 893.—El militar que, con arreglo al artículo anterior, otorgare su testamento, deberá observar, en la parte dispositiva del

mismo, lo establecido por las leyes civiles, militares ó municipales, á su eleccion.

ORÍGENES

Ley 32, tít. IX, Partida 6.ª
Art. 17, tít. XI, trat. VIII, Ordenanzas del Ejército.
Ley 8.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

El privilegio de los aforados de guerra no es sólo referente á las solemnidades externas del testamento: su especialidad alcanza á la parte dispositiva del mismo.

Así pues, el militar no tendrá obligacion de testar con arreglo á las leyes del lugar de que es natural, sinó que, segun declara la ley Recopilada: «*en la parte dispositiva pueden usar a su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal...*»

Por consiguiente, al otorgar su testamento un militar, deberá declarar cuál de estas legislaciones elige para disponer su última voluntad. Con arreglo á ley civil, deberá respetar lo dispuesto acerca de legítimas en Castilla. Con arreglo á la militar, del mismo modo: «nunca puede perjudicar al heredero forzoso, dejando á otros los bienes castrenses, excepto del tercio de ellos, de que puede disponer á favor de quien quisiere, en perjuício de sus padres y demas ascendientes, ó en el quinto en perjuício de sus hijos y otros descendientes» (artículo citado de la Ordenanza). Con arreglo á la ley municipal, podrá disponer de sus bienes en la forma que los fueros de aquellas localidades que los conservan consientan.

Mas ¿podrá el militar elegir un fuero municipal para disponer con arreglo á él de bienes sitos en otro territorio?

Refiere Bacardi (1), que habiendo fallecido en 1787 el marqués de Santa Cruz de Marcenado, aforado de guerra, se promovió un empeñado pleito sobre la validez de su disposicion testamentaria.

Había instituido el finado por su heredero á su hermano, preliriéndole á la madre legítima de ambos, y ésta acudió á los tribunales militares en solicitud de que se declarase nulo el testamento por haber testado contra las leyes, que declaran á la madre heredera forzosa de sus hijos en ciertos casos, salvo la parte de que pueden disponer libremente en perjuício de los herederos forzosos. Alegó el heredero, que el testador había elegido el fuero de Cataluña, donde falleció; que á él había arreglado su testamento, y por consiguiente, que pudo nombrar heredero á su hermano sin que por esto fuese posible considerar el testamento como inoficioso ni anularlo por pretericion, teniendo el heredero forzoso derecho solamente á la cuarta parte. Añadió, que á esta legislacion catalana debía ajustarse, no sólo la division de los bienes que el testador tenía en Cataluña, sinó los que poseía en Astúrias y Galicia, por el privilegio que tenía el marqués de sujetarlos á él; pues para arreglar la disposicion de los bienes de una provincia ó su derecho municipal, y la de los bienes de otra al que gobierna en ella, no era menester gozar fuero de guerra, pues cualquiera paisano podía por sí hacerlo.

El tribunal militar declaró nulo el testamento; pero en un nuevo juício revocó la sentencia y declaró válido el testamento y por heredero al instituído en el mismo, sin perjuício de las legítimas pertenecientes á la madre, que eran el suplemento hasta la cuarta parte en los bienes sitos en Cataluña, y las dos terceras partes en los que poseía en Astúrias y Galicia, cuya sentencia fué confirmada en decreto de 23 Octubre 1790.

Tal es la legislacion vigente sobre testamentos militares.

Antes de terminar esta seccion, vamos á decir dos palabras sobre los antiguos testamentos privilegiados.

Eran éstos: 1.°, el testamento en que concurre como testigo el monarca, que sin más que este requisito es válido, áun cuando se omitieren las otras formalidades. De él nos ocuparemos en otro lugar; 2.°, el otorgado por los aldeanos, en el que bastaba la concurrencia de cinco testigos. Este privilegio no subsiste, pues como dice Gutierrez, la ley no permitía á los aldeanos el uso de este privilegio tratándose de testamentos *en poridad* (escritos), sinó en los nuncupativos; por lo tanto, ¿qué vendría á ser el privilegio despues de la ley del Ordenamiento, que declara válidos los testamentos hechos con cinco y áun con tres testigos? 3.°, el otorgado por el padre entre sus hijos, en el cual, segun la ley 7.ª, tít. I, Partida 6.ª, se podía prescindir de muchas solemnidades; pero esta ley ha sido derogada por las siguientes palabras del Ordenamiento «...se entienda y platique en el testamento nuncupativo, agora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ora entre heredero

(1) Cap. II, tít. II, lib. I.

extraños». Por consiguiente, ha quedado sujeto á las reglas generales sobre testamentos.

Se ha disputado durante largo espacio si la ley del Ordenamiento hizo referencia, tanto al testamento nuncupativo como al escrito, ó si se refirió únicamente al nuncupativo: la redaccion gramatical de la ley daba lugar á la duda; pero casi todos los autores, Gregorio Lopez, Gomez, Matienzo, Gutierrez y otros, han aceptado la primera opinion, esto es, que así unos como otros testamentos, han sufrido la modificacion del Ordenamiento de Alcalá.

El Proyecto de Código, de acuerdo con otros extranjeros, reconocen varias clases de testamentos privilegiados ó especiales, como el otorgado en viaje por mar, el que tiene lugar durante la enfermedad ó accidente que pone en peligro inminente la vida del testador y otros.

Algunos autores, como Viso, suponen que en tiempo de epidemia puede prescindirse de ciertas solemnidades, como son la unidad de acto que exigían las Partidas.

Como observa prudentemente el autor de los Estudios fundamentales, las leyes de Partida han perdido su autoridad en lo que se refiere á cierta parte formularia de los testamentos, y sobre todo, aunque quisiéramos invocar esas leyes, no recordamos haber visto una que hable de los que se hacen en tiempo de peste.

SECCION CUARTA

QUIENES PUEDEN SER TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS

Artículo 894.—En todos los testamentos de cualquier clase que sean, los testigos deben ser mayores de catorce años, y no haber sido inhabilitados por sentencia ejecutoriada para serlo en juício ó en instrumento público.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. I, Partida 6.ª
Art. 320 Ley Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Si resulta que áun excluído uno de los testigos presenciales del otorgamiento de un testamento tachado por el recurrente, es un hecho admitido por ambas partes que han asistido como presenciales al testamento, elevado ya á escritura pública, otros cinco testigos, respecto de cuya capacidad y aptitud no se opone ninguna tacha fundada en la ley ó doctrina legal... al declarar la validez del mismo, no infringe la Sala sentenciadora ley ni doctrina legal (Sentencia 27 Octubre 1877).

COMENTARIO

Exígese para ser testigo en un testamento la cualidad de vecino, y si bien no en todos los casos es precisa, es insubsanable la falta cuando la ley lo determina.

Ni las condiciones de probidad, ni ninguna otra de las que pudieran ser garantía del testimonio son atendibles si falta la vecindad.

¿En qué casos la vecindad es precisa? En artículos precedentes dejamos consignado lo suficiente para contestar á esta pregunta. Al ocuparnos ahora de quiénes pueden ser testigos en los testamentos, damos por supuesta la vecindad de la manera que la entiende la ley y ha interpretado la jurisprudencia.

Ademas, pues, de esta circunstancia, han de concurrir otras en los testigos:

1.ª Que sean mayores de catorce años.

2.ª Que no hayan sido inhabilitados por sentencia firme para ser testigos en juício ó en instrumento público.

La primera de las condiciones está consignada en todas las leyes. *Sed nec pupillis testimonium denunciari potest propter imperfectum animi judicium...* dice Vinio. Por otra parte, al que pasa de catorce años, es imposible privarle de la facultad de ser testigo en el testamento, pues como dice Goyena, ¿cómo no ha de poder ser testigo el que puede testar?

En cuanto á la segunda de las circunstancias exigidas para ser testigo, está aceptado por todos los Códigos, que en general sientan el principio de que podrán ser testigos en los testamentos los «que no hayan incurrido en pérdida de los derechos civiles», doctrina análoga á la contenida en nuestro artículo.

Los condenados por falso testimonio, á quienes la ley conceptúa poco veraces, no es posible que con sus declaraciones presten base á disposiciones de tanta importancia como las que son objeto de los testamentos.

El delito, por consiguiente, es causa de incapacidad; pero así como en otras clases de documentos solamente el delito de falso testimonio es el que produce estos resultados, tratándose de testamentos se produce idéntico efecto por otros delitos, como veremos en el artículo siguiente.

Artículo 895.—No pueden ser testigos en los testamentos:

Primero. Las mujeres.

Segundo. Los locos miéntras estuvieren en locura.

Tercero. Los pródigos, sordos y mudos.

Cuarto. Los condenados por injurias, hurto, homicidio ó cualquiera otro delito semejante ó de mayor gravedad.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. I, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 8.°, cap. III, lib. III, Cód. Baviera.—Párr. 6.°, tít. X, lib. II, Instituta.—Ley 20, párr. 4.°, tít. I, lib. XXVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

La capacidad mental de los testigos que asisten al otorgamiento de un testamento otorgado ante escribano con las solemnidades legales, se presume de derecho miéntras no se pruebe lo contrario: debiendo estar á la apreciacion que de las pruebas haya hecho la Sala sentenciadora (Sent. 7 Diciembre 1859).

Para reputar á alguno incapacitado de ser testigo en un testamento por haber cometido el delito de violacion, es necesario que la tacha conste por sentencia ejecutoria (Sent. 11 Febrero 1860).

La calidad de protestante no impide testificar en actos testamentarios, no siendo aplicables las prescripciones generales de la ley 8.ª, título XVIII, Partida 3.ª, á los testigos de los testamentos (Sent. 2 Marzo 1861).

Exigiendo las leyes como solemnidad para la validez de los testamentos, la intervencion de los testigos en el número que las mismas prescriben, no pueden contarse para este efecto los que carezcan de la aptitud legal necesaria (Sent. 26 Setiembre 1862).

No se entiende por sordo, en el sentido de la ley recopilada, el que oye, por más que sea necesario hablarle en tono más alto de lo ordinario, sinó el que carece de la facultad de oir. Por consiguiente, no es inhábil para testigo de testamento el que tal defecto tenga, mucho más si manifiesta claramente estar enterado de la voluntad del testador, expresando que sí le oyó (Sent. 11 Junio 1864).

Cuando la Sala sentenciadora aprecia que el notario autorizante de un testamento es de buena fama y que debe dársele entera fe, así como que la discordancia de los dichos de los testigos versa sobre puntos incidentales que no invalidan su testimonio ni constituyen prueba especial para que pueda estimarse nulo un testamento, no se infringen las leyes (Sent. 4 Octubre 1871).

COMENTARIO

No todos los que son mayores de catorce años y no están condenados por falso testimonio, pueden ser testigos en los testamentos.

La ley de Partida, que fija la doctrina vigente en esta materia, dice así: «*Testiguar non pueden en los testamentos aquellos que son condenados por sentencia, que fuesse dada contra ellos, por malas cántigas o ditados que fizieron contra algunos, con entencion de enfamarlos. Nin otrosi, el que fuesse condenado por juycio de los Juzgadores por razon de algun malfecho que ficiesse: assi como por furto o por omicidio o por otro yerro semejante destos, o por mas graue, que fuesse dada sentencia contra él. Nin, otrosi, ninguno de los dexan la Fé de los Chistianos e se tornan Moros, o judios maguer se tornassen despues a nuestra Fé: que dizen en latin Apostatas. Nin las mugeres; nin los que fuessen menores de catorze años. Nin los mudos. Nin los sordos. Nin los locos mientra que estouieren en locura. Nin aquellos a quienes es defendido que non vsen de sus bienes, porque son desgastadores dellos en mala manera: ca estos atales non pueden ser testigos en testamento...*»

Algunas de estas incapacidades no existen hoy, como, por ejemplo, la que se refiere á los apóstatas, pues es imposible de sostener, despues del precepto constitucional, que exige respeto para todas las creencias y garantiza el ejercicio de los derechos civiles, sin hacer dis-

tincion entre los españoles por su religion. Las que están vigentes serán objeto de nuestro estudio, si bien en distinto órden que las enumera la ley.

A las mujeres se prohibió servir de testigo en los testamentos, porque, segun el emperador Leon en la Novela XLVIII, *muliebris sexus submissos morem, pudoremque adimit, atque ipsas ad inverecundiam et procacitatem exercet*.

En sentir de Goyena, esta prohibicion debe extenderse á toda clase de instrumentos públicos: no alcanzamos á comprender la razon de ello, ántes al contrario, nos parece hallar una contradiccion entre ese deseo manifestado por el autor de las Concordancias y lo que el mismo dice unos renglones más abajo hablando del mayor de catorce años, cuya facultad de testificar justifica diciendo: ¿cómo no ha de poder ser testigo el que puede testar?

Bien puede suceder que en alguna ocasion se vea un hombre privado de poder hacer testamento á causa de la prohibicion de la ley. No hallamos, por otra parte, lógico, que el testimonio de una mujer, válido tratándose de negocios más trascendentales, como una causa criminal que puede conducir á un hombre al cadalso, no sea estimable para dar fe de la voluntad de un padre que dispone de sus bienes á favor de sus hijos. La testificacion podrá basarse en la moralidad, jamas en el sexo.

Al decir que están excluídas las mujeres, se ocurre preguntar: ¿y el hermafrodita? En nuestro sentir, la duda no necesitaba de la aclaracion que hace la ley al decir: «Hermafrodita quiere dezir en romance aquel que ha natura de varon e de mujer: e dezimos que si tira mas a natura de muger que de varon, non puede ser testigo en testamento, nin en todas las otras mandas que ome fiziesse. Mas si se acostasse mas a natura de varon, estonce bien puede ser testigo...» Omitimos ocuparnos de las largas controversias á que ha dado lugar este asunto, pues las consideramos ociosas á nuestro propósito.

Los locos, etc. La razon de esta incapacidad no es preciso explicarla. Su testimonio no puede hacer fe. Pero dice la ley *mientra que estovieren en locura*. Estas palabras han sido interpretadas en el sentido de que en los intervalos lúcidos se recobra con la capacidad para testar, la facultad de ser testigo. Comprendemos la razon de lo primero: no hallamos tan justificado lo segundo. En efecto, la testamentifaccion supone capacidad en un solo acto, el del otorgamiento de la última voluntad; pero la facultad de ser testigo supone necesariamente dos intervalos de lucidez: primero, el del otorgamiento: segundo, el en que es preciso dar fe de lo que el testador dispuso, esto es, cuando se comparece ante el juzgado para que el testamento hecho de palabra se eleve á escritura pública. El primer momento de lucidez es cierto, pero ¿lo será el segundo? Por lo mismo ¿no sería cuando ménos prudente negar esta facultad al loco?

Los pródigos, sordos y mudos. Nada hemos de decir del primero, á quien en virtud de sentencia judicial, se ha declarado incapaz de disponer de lo suyo.

En cuanto al sordo y al mudo, desearíamos ver desaparecer la prohibicion en los mismos casos en que se les consiente testar. Hoy, que pueden fácilmente comunicarse con los demas hombres, pueden del mismo modo deponer sobre sus actos. En el testamento cerrado, sobre todo, es esto sencillísimo.

El Proyecto de Código añade á estas incapacidades la del ciego. Nuestras leyes nada dicen sobre este particular, acaso, segun piensa un jurisconsulto (1), porque dada la necesidad de que los testigos vean al testador, no era indispensable hacer esta aclaracion.

En cuanto á la última de las incapacidades, esto es, la que se refiere á los condenados por injurias (malas cantigas o ditados que ficieron por enfamarlos), hurto, homicidio *ú otro yerro semejante destos, o por mas grave, de que fuese dada sentencia contra el*; solamente hemos de decir que están fundadas, no en las penas que se han sufrido, sinó en los delitos que cometieron, por cuya razon subsisten las incapacidades á pesar de haberse borrado de los Códigos las penas de infamia.

Para que exista la incapacidad á que se refiere este número, es preciso que conste por sentencia ejecutoriada de fecha anterior al testamento.

El indulto de la pena ó parte de ella no devuelve la capacidad que perdieron con arreglo á esta ley.

Segun declaracion del Tribunal Supremo de 13 Mayo 1873, no es oportuna ni puede aplicarse al caso por analogía, la excepcion que la misma ley hace sobre el siervo que haya testificado cuando en el concepto público se le esti-

(1) Bachevio.

maba como hombre libre, porque en este caso á lo que ha ocurrido la ley es á precaver las fatales consecuencias que podría producir un simple error acerca del estado civil del testigo.

Tambien ha declarado el Tribunal Supremo, que el falso testimonio de un facultativo en causa criminal á favor de un reo, sin haber logrado su mal propósito, no puede estimarse, segun la legislacion de Partidas, como un delito igual ó mayor que el hurto ó el homicidio, que son los ejemplos fijados por la presente como impedimento para ser testigos (Sent. 7 Diciembre 1868).

Artículo 896.—Tampoco podrán ser testigos:

Primero. Los ascendientes en los testamentos de sus descendientes y éstos en los de aquéllos, salvo el caso del testamento militar del descendiente (*a*).

Segundo. El heredero y sus parientes hasta el cuarto grado, en el testamento en que se hizo la institucion (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 14, tít. XVII, Partida 3.ª
(*b*) Ley 11, tít. I, Partida 6.ª
Ley 9, tít. V, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

El art. 975 Cód. Francia extiende la prohibicion á los legatarios.—Lo mismo los 991 Holanda.—1585 Luisiana.—653 Vaud.

JURISPRUDENCIA

Es válido el testamento, aunque alguno de los testigos sea criado doméstico del testador (Sent. 3 Enero 1860).

La ley 11, tít. I, Partida 6.ª no declara la incapacidad para ser testigos de ciertos y determinados parientes del heredero, en el testamento en que se hace la institucion, sinó en cuanto hayan de serlo de ésta, lo cual no puede verificarse en el testamento cerrado, por ser un secreto su contenido (Sent. 21 Junio 1860).

Las prohibiciones de la ley 11 citada suponen que los testigos lo hayan sido de las instituciones y de las otras disposiciones del testamento, conociéndolas por consiguiente, y siendo sabedores de ella; por lo cual no son aplicables á los testamentos cerrados, cuyo otorgamiento constituye un acto separado é independiente de su confeccion (Sent. 20 Abril 1865).

COMENTARIO

En este artículo se establecen dos incapacidades que podemos llamar relativas. La primera es la de los ascendientes y descendientes; la segunda, la del heredero y sus parientes hasta el cuarto grado. En realidad la primera se halla comprendida en la segunda, pues siendo los ascendientes herederos forzosos, con arreglo á nuestra legislacion, es evidente que al decir heredero, quedan comprendidos bajo esta denominacion. Sin embargo, en algun caso es conveniente no olvidar el contenido del primer número del artículo, pues si fueren herederos los descendientes, no por eso serán los ascendientes capaces de ser testigos en el testamento.

En cuanto al testimonio de los ascendientes y descendientes dice la ley de Partida: «Padre nin abuelo nin los otros que suben por la liña derecha non pueden testiguar por sus fijos, nin por sus nietos nin por los otros que descienden dellos por essa misma liña. Esso mismo dezimos que ninguno destos descendientes que non pueden testiguar, por aquellos de quien descienden. Pero si contienda acaesciesse sobre la edad de alguno de los descendientes, o en razon de parentesco, bien podría dar testimonio el padre, e el abuelo e la abüela en tal pleyto como este. Otrosi dezimos que si alguno touiesse fijo cauallero, que bien podria ser testigo el padre en testamento que su fijo fiziese en hueste o en caualgada».

En cuanto al instituido por heredero y sus parientes, dice otra ley tambien de Partida: Mas el que fuesse establecido por ó su padre, *o los que descendiessen del o sus hermanos, o los otros parientes cercanos fasta el quarto grado non pueden ser testigos, sobre la contienda que ouiese el eredero con los parientes del finado, o con los otros omes en razon del testamento en que fuessè escrito por eredero.*

Varias son las cuestiones á que la inteligencia de esta ley ha dado lugar.

En primer lugar, ¿es este precepto aplicable á toda clase de testamentos? El Tribunal Supremo en dos sentencias que dejamos consignadas en el lugar correspondiente, ha declarado que la ley se refirió única y exclusivamente al abierto, pues en el escrito, su contenido es un misterio sobre el que nada pueden deponer los testigos, y por consiguiente, que en ellos no hay razon para temer que el interes bastardo de los parientes les inspiro una declaracion falsa.

Tratándose de los testamentos abiertos, toda-

via se sustenta por algunos la doctrina de que pueden ser testigos los parientes del heredero, aunque éste no lo pueda ser con arreglo al fuero que dice: *pero el eredero no pueda ser testimonia en la manda de que es eredero*. Y se fundan para ello en que la ley solamente dispone que los parientes cercanos del heredero hasta el cuarto grado, no puedan ser testigos del pleito ó *contienda que ouiesse el eredero con los* parientes del finado ó con los *otros omes en razon del testamento*, mas sin expresar que tampoco pudieran serlo testamentarios. En apoyo de esta opinion, se dictó la sentencia de 28 de Mayo de 1864. Pero en contra se declaró en 26 de Setiembre de 1862, que los primos hermanos del heredero no tienen aptitud legal para ser testigos del testamento.

A nuestro entender, y esto es lo que se observa en la práctica, los parientes del heredero no pueden ser testigos, y nos fundamos para ello: primero, en que la razon que ha tenido la ley para prohibir que los parientes del heredero depongan en el pleito que éste sostuviere con los parientes del testador, es puramente de moralidad, esto es, tiene por fundamento la creencia de que en causa propia ó de personas tan allegadas como los parientes hasta el cuarto grado, puede el interes bastardear sus declaraciones, circunstancia que concurre del mismo modo en el caso de ser testigos en el testamento, y es regla de buena interpretacion que donde concurre la misma razon de derecho debe regir el mismo principio ó ley: segundo, en que el pleito ó contienda no puede referirse más que á una de dos cosas, ó á la existencia del testamento ó á lo que es su objeto y contenido. Ahora bien, ¿pueden admitir los tribunales otros medios de prueba, ya respecto de la existencia del testamento, ya respecto de sus cláusulas, que las taxativamente señaladas en las leyes, esto es, el dicho de los testigos y el contenido de la escritura? Pues si sólo esta prueba es admisible, es claro que los testigos que depongan en la contienda ó pleito no pueden ser otros que los que lo fueron del testamento, y, por consiguiente, que á éstos ha debido referirse forzosamente la ley que comentamos. De otra manera no tiene explicacion el precepto legal.

La interpretacion que dan algunos á la ley, suponiendo que pueden los parientes ser testigos en el testamento, si no hay contradiccion ni pleito, y que dejarán de poder testificar si el pleito y la contradiccion nacen, encierra, á nuestro entender, un contrasentido, y da el medio de que en todo caso se anulen estos testamentos.

¿Pueden los legatarios ser testigos en el testamento de que reciben la manda? La ley de Partida dice: «*Contienda nasciendo sobre el testamento entre el heredero que era escrito en el, e los parientes del finado que quisieren desatar el testamento: dezimos que bien pueden testiguar aquellos a quien fuesse algo mandado en él, si se acertaron y cuando fué fecho. Eso mismo seria, si alguno destos á quien el finado dejasse algo en el testamento ouiesse contienda con los herederos, en razon de la cosa quel fuesse mandada en él. Ca podrian testiguar los otros que fuessen y escritos, sobre tal razon, pues que non taño la contienda de tal cosa a ellos*».

Habiendo nosotros enumerado en este artículo y en los precedentes quiénes no pueden ser testigos en los testamentos, nos ha parecido ocioso dedicar otros artículos para enumerar en ellos quiénes pueden serlo. Señaladas las incapacidades, es inútil decir que, salvo los comprendidos en ellas, todos los demas pueden testificar válidamente.

Hemos dicho que el padre puede ser testigo del testamento de su hijo en el caso de que éste lo otorgue en virtud del fuero militar, y se nos ocurre preguntar: ¿será preciso para que tenga aplicacion la doctrina de que nos ocupamos, que el testamento se haya otorgado en campaña?

En el testamento que el militar otorgue en la forma comun ante escribano, ¿podrá el padre ser testigo?

¿Podrá serlo el hijo en el testamento militar de su padre?

¿Puede ser testigo el fideicomisario?

Tratándose de fideicomisarios, hacen los autores una distincion: si son universales se encuentran en la condicion de heredero, y no pueden, por lo mismo, ser testigos; si son particulares solamente se consideran como legatarios, y del mismo modo que éstos pueden testificar.

CAPÍTULO III

DEL TESTAMENTO POR COMISARIO

Artículo 897.—El testador puede disponer su última voluntad por sí mismo ó por medio de apoderado.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. V, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

El testamento, segun dice la ley, es un acto que se puede verificar directamente por el testador ó por medio de apoderado especial. «*Si alguno no quisiere ó no pudiere ordenar por si la manda que fiziere de sus cosas e diere su poder a otri que el que la ordene, e dé, e la la dé en aquellos lugares onde el tuviere por bien, puedelo facer: e lo que él ordenare o diere, vala, assi como si lo ordenase aquel que dió el poder*». Mas al mismo tiempo que la ley del Fuero sienta la doctrina que hemos trascrito, la de Partida consignaba que: *declarar deue, e nombrar el fazedor del testamento por si mismo*, *el nome* de *aquel que establesciesse por eredero. Ca si él otorgasse poder a otro que lo establesciesse en su lugar*, *non valdria maguer dijesse assi: aquel sea mi eredero que Fulano quisiere o establesciere por mio que lo sea. Esto es porque el establecimiento del eredero, e de las mandas, non debe ser puesto en albedrio de otro.*

Aunque la ley de Partida no logró derogar la española y prevaleció la teoría de comisarios, nacieron dudas y dificultades, para cortar las cuales se dictaron algunas de las leyes de Toro.

De ellas resulta, que el precepto de la ley del Fuero ha sufrido tan profunda modificacion, que si bien hoy se puede testar por medio de apoderado, lo cierto es que, si nos fijamos en la esencia de lo que hoy está vigente en esta materia, no es posible dejar á otro la disposicion de la última voluntad, porque ó se fijan con minuciosidad en el poder la institucion y legados que han de trascribirse al testamento, ó la ley ordena de qué manera se ha de disponer éste.

En Roma, *testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere*, *non eu ex alieno arbitrio pendere*, segun decía la ley 32, tít. V, libro XXVIII, Digesto. En efecto, la voluntad es inalienable, y, por tanto, la manifestacion de ésta hecha en testamento ha de constituir un acto personalísimo.

Por otra parte, hoy en que el comisario ha de atenerse á la letra de las facultades que le confiere el testador y en su defecto á las disposiciones de la ley, pensamos que no hay institucion más inútil que esta de que nos ocupamos. Aplaudimos por lo mismo lo dispuesto en el Proyecto de Código, al decir que la formacion del testamento no puede dejarse en todo ó en parte al arbitrio de un tercero.

De tal manera resulta inútil el comisario que, segun tendremos ocasion de ver más tarde, si éste no hiciere uso del poder que se le confirió, se tendrá por testamento válido la escritura en que se hizo el nombramiento de comisario, por instituída la persona que allí se designó y por hechas todas las mandas y demas disposiciones que contenga.

Artículo 898.—El poder en que se den facultades al comisario para otorgar testamento, debe estar revestido de las solemnidades de escribano y testigos en la forma que las leyes previenen para los testamentos.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec. (39 Toro).

JURISPRUDENCIA

El nombramiento de comisario, para testar, hecho en testamento solemne, equivale al poder de que habla la ley 8.ª, tít. XIX, lib. X, Novísima Rec., y reune las solemnidades exigidas por ella (Sent. 6 Diciembre 1860).

COMENTARIO

Llámase comisario la persona que recibe el

encargo de otorgar testamento á nombre de otro, en virtud de poder otorgado á su favor.

Respecto á la forma de este poder, dice la ley 39 de Toro: «*En el poder que se diere al comisario para hacer todo lo susodicho ó parte de ello intervenga la solemnidad del escribano y testigos que segun leyes de nuestros reinos ha de intervenir en los testamentos; y de otra manera no valan ni hagan fee los dichos poderes*».

A este propósito dice Llamas, núm. 2, ley 39: «Cualesquiera que sean las causas que motivaran el número de testigos en los testamentos de que no corresponde tratar en esta ley, las mismas militan en el otorgamiento de poderes para testar; pues aunque estos poderes en realidad no sean testamento ni última voluntad, sinó una disposicion entre vivos, como observa Gomez, sin embargo, como los poderes son un antecedente necesario del testamento que despues se ha de otorgar, y de quien recibe éste toda la virtud y eficacia que ha de tener, era consiguiente que la misma solemnidad que intervenía en el efecto se mandase observar en la causa».

Dedúcese, pues, de la ley, que el poder en que se nombre comisario, se ha de otorgar nuncupativamente ó *in scriptis*.

Gomez, haciéndose cargo de esta ley, dice que si el poder se otorgó nuncupativamente, el comisario deberá formalizar el testamento en la misma forma y del mismo modo si el poder se hizo bajo la forma del testamento cerrado, en la propia forma se otorgará por el comisario; en una palabra, que la solemnidad que se observó en los poderes es la que regula la del testamento otorgado por el comisario.

Matienzo contradice esta opinion, y Gutierrez, de acuerdo con él, dice: «Un defecto fué del legislador no haberse explicado en términos más concretos; pero su intencion no es dudosa: el comisario debe recibir una autorizacion como corresponde que la tenga para representar á otro, para expresar la voluntad de otro; en obteniéndola con los requisitos de la ley que ella dispuso que fueran análogos á los del testamento, ¿qué más da que use de su autorizacion en una ú otra forma? El testamento porque se haga de una ú otra manera ¿deja de ser testamento?»

¿Cómo otorgará el comisario el testamento cuando su poderdante fuere ciego? Llamas dice: «que siendo indispensable que intervengan cinco testigos para que el ciego pueda hacer testamento nuncupativo, es consiguiente por lo establecido en esta ley, que con cinco testigos habrá de otorgarse el poder, y que de igual manera necesitará el comisario de cinco testigos, sin que basten tres y escribano, porque cinco son los expresamente pedidos por la ley.

No suscribimos á esta opinion, porque en realidad, en el testamento del comisario falta la razon por la cual en el del ciego se exige la concurrencia de los cinco testigos, sin que sea atendible la consideracion de Llamas de que el testamento otorgado por el comisario en este caso es, y se llama, testamento del que le dió el poder, es decir, testamento de ciego.

Artículo 899.—El comisario no podrá instituir heredero más que á la persona que en tal concepto se designare por su nombre en el poder, y en cuanto á las demas cosas que pueden ser objeto del testamento, deberá atemperarse á lo que especialmente señaló y mandó el poderdante.

ORÍGENES

Ley 11, tít. III, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec. (31 Toro).

JURISPRUDENCIA

Cuando el poder para testar no se da para instituir heredero de la manera que pueda darse segun la ley recopilada, sinó que se hace una institucion directa que excluye hasta la posibilidad de semejante poder, es un verdadero testamento, aunque se refiera á una memoria testamentaria en cuanto al nombre de la persona instituida (Sent. 30 Enero 1856).

No necesita otro poder especial el comisario que se limita únicamente á hacer lo que se le encargó en el testamento (Sent. 6 Diciembre 1860).

El comisario en virtud del poder para testar, sólo puede disponer de las cosas en él señaladas y no más, sin que una vez otorgado el testamento pueda hacer declaracion alguna, ni sostenerse como legado lo que ordenase con diferente carácter que el de comisario (Sent. 6 Marzo 1861).

La facultad concedida á la mujer por su marido en el testamento para que disponga á su muerte en favor de alguno de sus hijos de la propiedad plena, no es un poder para testar ni está por lo tanto subordinado á las leyes que reglan las facultades de los comisarios (Sent. 6 Marzo 1861).

La sentencia que da el valor y eficacia de un

testamento á una escritura en que se concede facultad para elegir heredero sin designarle explícitamente, es contraria á la ley 31 de Toro (Sent. 30 Setiembre 1862).

Aunque la ley 1.ª del referido título y libro exige poder especial para que el comisario pueda hacer determinadas cosas, basta que el testador señale para qué le confiere el poder, excepto en cuanto á la institucion de heredero, pues ha de nombrar ademas quien haya de serlo (Sent. 19 Setiembre 1863).

El comisario que obra conforme á las facultades que el testador le confirió, lo hace dentro de las condiciones impuestas por la ley, y son válidos y firmes todos sus actos (Sent. 26 Enero 1866).

El comisario para testar, segun la ley 1.ª, título XIX, lib. X, Nov. Rec., no puede hacer sinó lo que especialmente señaló y mandó el que dió el poder, y por lo tanto son nulas sus disposiciones en cuanto se opongan á las facultades que sobre cualquier particular le hubiese dado el poderdante (Sent. 14 Abril 1866).

Cuando el comisario se ajusta por completo á la voluntad del poderdante, no se infringe la ley 1.ª, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec., que prohibe que el comisario pueda hacer otra cosa que lo señalado expresamente en el poder (Sent. 15 Marzo 1864).

La ley de Partida, en la que el testador debe nombrar por sí mismo á aquel que estableciese por heredero e non ponerlo en albedrio de otri, no es aplicable al caso en que tres otorgan testamento de mancomun instituyéndose recíprocamente únicos y universales herederos y disponiendo que el último superviviente elija, dentro de un término dado, heredero entre los parientes de dichos testadores (Sent. 5 Abril 1869).

COMENTARIO

En esta ley comienzan á establecerse las limitaciones de la facultad del comisario.

La ley de Partida había prohibido que la designacion de heredero pudiese dejarse á la voluntad de otro. La observancia puntual de esta ley hubiera destruido el testamento por comisario: para resolver, pues, la duda que esto originaba se dió la ley 31 de Toro, que dice: «*Porque muchas veces acaece que algunos porque no pueden, ó porque no quieren facer sus testamentos dan poder á otros que los fagan por ellos: e los tales comissarios facen muchas fraudes y engaños con los tales poderes, estendiendose a mas de la voluntad de aquellos que se lo dan: por ende por evitar los dichos daños, ordenamos e mandamos que de aqui adelante el tal comissario no pueda por virtud de tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoria del tercio ni de quinto, ni desheredar a ninguno de los hijos o descendientes del testador, ni les pueda sustituir vulgar ni pupilar ni ejemplarmente, ni hacerles substitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor a ninguno de los hijos o descendientes del testador; salvo si el que le dio el tal poder para hacer testamento especialmente le dio el poder para facer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para facer heredero nombrando el que da el poder por su nombre a quien manda que el comissario faga heredero, y en cuanto a las otras cosas señalando para que le da el poder y en tal caso pueda facer lo que especialmente el que le dio el poder señalo e mando, y no mas*». Es decir, que tratándose de institucion de heredero, será indispensable que el poderdante designe por su nombre á la persona instituida; y cuando el poder se refiera á las demas cosas que pueden ser objeto del testamento, bastará que exprese y señale las facultades que le confiere, sin que sea preciso que haga designacion de personas.

De aquí ha nacido la siguiente duda: ¿podrá el comisario hacer mejora de tercio si el testador no designó persona que hubiese de ser mejorada?

Al hablar de las mejoras exponemos la doctrina de los autores sobre este punto. Esto mismo es lo que hemos visto observar en la práctica.

¿Puede la mujer recibir el cargo de comisario? Covarrubias en el cap. XVII de *testamentis*, número 3.º, Gomez al núm. 6.º, Carpio en el lib. I, cap. VII, núm. 14, y otros muchos, optan por la afirmativa, toda vez que la ley no hace distincion alguna ni hay en qué fundarla. Esto mismo es lo que hemos visto que se observa en la práctica.

Cuando el comisario haya de hacer legados por estar especialmente facultado para ello, ¿podrá elegir la cosa legada si el testador designó la persona del legatario? ¿podrá nombrar la persona si solamente designó la cosa? ¿podrá elegir cosa y persona si el testador le autorizó para dejar uno ó más legados?

Artículo 900.—Si el poderdante no hubiese designado heredero y nada hubiere dis-

puesto señaladamente respecto de las demas cosas que pueden ser objeto del testamento, deberá el comisario disponer que sean pagadas las deudas y cargas de conciencia del finado, distribuyendo el resto entre los parientes á quienes corresponda por la ley suceder abintestato, salvo el quinto de que podrá disponer por su alma.

A falta de parientes dispondrá de los bienes para obras pías provechosas al alma del poderdante.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec. (72 de Toro).

COMENTARIO

La ley prevé el caso de que el testador otorgara un poder simple, sin hacer institucion de heredero ni señalamiento de las otras cosas que pueden ser objeto de su última voluntad. En prevision de los abusos á que podría dar lugar la falta de estos requisitos, la ley ha dispuesto que: *Cuando el testador no hizo heredero, ni menos dio poder al comisario que lo ficiese por el, ni le dio poder para hacer alguna cosa de las dichas en la ley proxima, sino solamente le dio poder para que por el pueda hacer testamento, el tal comisario, mandamos que pueda descargar los cargos de consciencia del testador que le dio el poder, pagando sus deudas e cargos de servicio e otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare, e el remanente se parta entre los parientes que vinieren a heredar aquellos bienes abintestato: e si parientes tales no tuviere el testador, mandamos que el dicho comisario dejandole a la mujer del que le dio el poder lo que segun leyes de nuestros reinos le puede pertenescer, sea obligado a disponer de todos los bienes del testador por causas pías e provechosas a la anima del que le dio el poder e no en otra cosa alguna.*

La facultad que por esta ley se da al comisario, no es, segun expresa Llamas, para que disponga, sinó para que pueda disponer de la quinta parte de los bienes, de lo cual se debe inferir que no se le obliga á invertir toda la quinta parte, y de consiguiente, se sostendrá su disposicion aunque sea de menor cantidad que la quinta parte.

Al decir esta ley «parientes que vinieren á heredar abintestato» ¿se refiere tambien á los descendientes y ascendientes en los casos en que los hubiere? ¿podrá el comisario disponer del quinto en favor del alma del testador, cuando éste hubiere dejado descendientes ó ascendientes?

En concepto de Gomez, Matienzo y Llamas, la ley no hace distincion alguna, y, por consiguiente deben comprenderse dentro de ella los hijos y los padres como uno de tantos parientes que heredan abintestato; porque una de dos: ó los descendientes y ascendientes del finado son parientes que vienen á heredar sus bienes abintestato, ó no; si se dice lo primero, es forzoso confesar que están comprendidos en la expresion de la ley, porque las palabras de que usa en su natural y propio significado los comprende: si lo segundo, se contraviene á lo dispuesto expresamente en las leyes 3.ª y 4.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, 7.ª y 12 de las leyes de Toro.

Preténdese por algunos, tales como Tello y Gutierrez (1), que de interpretar en ese sentido la ley resultará en contradiccion con la 36 de Toro, que dispone vayan á los parientes los bienes del finado, si ni éste ni el comisario otorgaron testamento, cuyos parientes, en caso de no ser ni descendientes ni ascendientes legítimos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de los bienes en favor del alma del finado.

La contradiccion realmente no existe, porque cada una de estas leyes hace referencia á casos distintos. La primera tiene por objeto limitar las facultades del comisario, á fin de que no pueda en ningun caso disponer de más del quinto; la segunda está dedicada á prevenir la falta de testamento que debiera haber otorgado el comisario.

Mas aparte de esto, una y otra ley llama á todos los parientes que con arreglo al derecho comun tengan derecho á la sucesion intestada; mas, como expresa Llamas, la razon que tuvo la ley 36 para mandar que se entreguen íntegramente los bienes á los descendientes ó ascendientes, sin obligacion de emplear la quinta parte de ellos en obras pías, consiste en que en el caso de que habla aquella ley, ni el que dió el poder ni el comisario dispuso de la quinta parte de los bienes, y en el caso de la que comentamos, el comisario, en uso de las facul-

(1) Tello, Ley 32, núm. 10 y 36, núm. 4.—Gutierrez, lib. II, cuest. 44, civ.

tades que le concedió el finado y se le declaran por la ley, dispuso del quinto de los bienes, y no hay la menor apariencia de contradiccion en que en diversidad de casos varíen las disposiciones de la ley.

Tales son los argumentos en que apoyan ambas opiniones.

En la ley de Toro que comentamos, se dice que faltando los parientes, el comisario deberá dar á la mujer del que le dió el poder lo que le pertenezca con arreglo á las leyes. Hemos omitido en el artículo esta aclaracion, porque la juzgamos evidentemente ociosa é innecesaria; primero, porque no es posible afirmar con verdad que no hay parientes cuando existe la mujer del finado, y segundo porque con la aclaracion de la ley y sin ella la mujer tendrá derecho á los parafernales, dotales, arras, mitad de los gananciales, etc., en la forma y manera que previenen las leyes, y ademas independientemente de dichos bienes tendrá los derechos que la ley 6.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, y la de 16 de Mayo de 1835 la confieren.

Por consiguiente, la omision que cometemos en nuestro artículo no altera en nada el precepto legal, ni deja de ser fiel expresion de la doctrina vigente.

Algunos autores hacen la siguiente pregunta: pudiendo el comisario disponer de todos los bienes cuando faltan parientes, ¿podrá disponer del mismo modo, si habiéndolos, el testador le autorizó para ello?

En nuestro concepto no hay fundamento bastante para que esto pueda proporcionar motivo de discusion. No existiendo ley ni principio alguno que altere las facultades del testador y le impida disponer libremente de todos sus bienes, con tal que no tenga herederos forzosos, ya lo verifique otorgando testamento directamente ó por medio de comisario, excusado es decir en qué sentido resolvemos la pregunta.

Artículo 901.—El testamento deberá formalizarse por el comisario dentro de cuatro meses si al tiempo del otorgamiento del poder se hallaba en el mismo lugar, de seis meses si residía en cualquier otro punto de la monarquía, ó de un año si se hallaba en el extranjero.

Trascurridos que sean estos términos no podrá el comisario hacer uso del poder áun cuando alegue no haber tenido noticia del mismo, y se cumplirá lo que el poderdante hubiere ordenado en él señaladamente y en su defecto se adjudicará la herencia á los herederos abintestato, que deberán disponer dentro de un año del quinto en favor del alma del finado, si no fueren ascendientes ni descendientes del mismo.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec. (33 de Toro).

Ley 13, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (36 de Toro).

JURISPRUDENCIA

Los términos respectivamente señalados en la ley 3.ª, tít. XIX, Nov. Rec., ó sea la 33 de Toro, al comisario para hacer testamento y declarar lo que haya de hacerse de los bienes del que le dió el poder, fueron establecidas en beneficio de éste, y pueden ser renunciados por él y prorogarlos por el tiempo que juzgue conveniente al objeto que se propone (Sent. 19 Setiembre 1863).

COMENTARIO

El legislador, poco afecto sin duda al testamento otorgado por medio de comisario, ha sido escrupuloso en señalar minuciosamente las obligaciones del mismo, procurando que en ningun caso sea posible el abuso. Con este objeto, despues de haber determinado qué cosas le son permitidas en virtud del poder para testar, le limita el tiempo en que puede hacer uso de él, y en prevision de que el descuido ó la mala fe del comisario fueran causa de que el testamento no llegara á otorgarse, prescribe que lo dispuesto en el repetido poder sea tenido por testamento, si es que en él escribió señaladamente las cosas que había de hacer el comisario, y en otro caso que sucedan los parientes abintestato con ciertas condiciones.

La ley 33, objeto de este comentario, dice: «*El comisario para hacer testamento o mandas o para declarar por virtud del poder que tiene lo que ha de facer de los bienes del testador, no tenga mas termino de cuatro meses, si estaba al tiempo que se le dio el poder en la ciudad, o villa, o lugar donde se le dio el poder y si al dicho tiempo estaba ausente, pero dentro de estos nuestros reinos, no tenga ni dure su poder mas de seis meses, e si estuviere fuera de los dichos reinos al dicho tiempo tenga termino de un año e no mas. E pasados los dichos*

terminos no pueda mas hacer, que si el poder no le fuere dado, e vengan los dichos bienes a los que los habian de haber muriendo el testador abintestato: los cuales terminos mandamos que corran al tal comisario, aunque diga e alegue que nunca vino a su noticia que el tal poder le habia sido dado. Pero lo que el testador le mando señalada e determinadamente señalando la persona del heredero o señalando cierta cosa que habia de hacer el tal comisario, mandamos que en tal caso el comisario sea obligado a lo facer: y si pasado el dicho termino no lo ficiere, que sea habido como si el tal comisario lo ficiese o declarase.»

Y en la ley 36, tambien de Toro, se añade: «*Cuando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, o porque no quiso, o porque se murio sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente a los parientes del que le dio el poder, que oviesen de heredar sus bienes abintestato; los cuales en caso que no sean fijos ni descendientes o ascendientes legitimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su anima del testador: lo cual si dentro del año, contado desde la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan a ello, ante las cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquier del pueblo.*»

El primer precepto de la ley queda reducido á fijar un término dentro del cual cumpla el comisario su mandato, término que varía segun la distancia que separe al comisario del lugar en que se otorgó el poder, á la época de dicho otorgamiento.

¿Puede el testador prorogar al comisario el tiempo que la ley le marca?

Palacios Rubios, en el núm. 3.º de esta ley, Gomez en el núm. 2.º, Llamas en el 5.º y otros, aceptan la afirmativa, fundándose para ello en que el término fijado por el legislador para que el comisario ordene el testamento, es en beneficio del testador, para que cuanto ántes se cumpla su voluntad, y no puede privarse á éste del derecho de renunciar en parte lo que se ha establecido á su favor.

El Sr. Gutierrez, ocupándose de esta duda, dice: «opinamos que el testador deberia sujetarse precisamente á los mismos plazos. Es, sin duda, una oficiosidad suponer que se ha establecido en un beneficio y no en el de sus herederos, especiales interesados en que se eviten odiosas incertidumbres, y que de una vez se fijen y sean conocidos sus derechos. Pero los autores sostienen distinta opinion, y nos cuesta poco sacrificarles la nuestra».

La jurisprudencia se ha encargado de poner término á esta dificultad, declarando que establecido el término en favor del poderdante puede renunciarlo y prorogarlo segun lo tenga á bien, puesto que la ley no se lo prohibe.

Trascurrido el término que el testador señaló y en su defecto el marcado por la ley, no podrá ya el comisario hacer uso del poder sin que pueda ejercitar la restitucion contra el lapso de tiempo, ni alegando ignorancia ni menor edad, segun expresan Matienzo, Gomez, Palacios y otros.

En la segunda parte de la ley se prevé el caso de que el comisario, por cualesquiera causa, no otorgue el testamento dentro de oportuno término.

Lo primero que se ocurre preguntar, es si en este caso muere el poderdante, testado ó intestado.

Matienzo, en la glosa 4.ª de esta ley, entiende que el poderdante murió testado, áun cuando el comisario no otorgase el testamento, puesto que se presume instituido aquel que habia de suceder si el testador hubiera muerto intestato, lo cual demuestra que no murió de este modo.

Llamas, en el número 7.º de la misma ley, dice, que hablando la ley del caso en que el testador ha otorgado su testamento y hecho algunas mandas sin haber nombrado heredero alguno, dispone que herede aquel que, segun derecho y costumbre de la tierra, habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, con lo que claramente manifiesta que cuando el testador no hace testamento, han de suceder en sus bienes los herederos abintestato: es así que la ley de Toro habla expresa y determinadamente del caso en que el testador murió sin testamento por no haberlo hecho por sí ni el comisario por él; luego los parientes han de heredar abintestato.

Ademas,—añade,—es dogma en la jurisprudencia, que el que no hace testamento por sí ni por medio de otro, muere intestado y le heredan las personas que la ley llama para este caso, sin que pueda afirmarse, como lo hace Matienzo, que se presume instituido aquel que hubiera de suceder no habiendo testamento, porque siendo indispensable con arreglo á la ley de Partidas nombrar clara y expresamente el heredero, no es posible admitir aquella pre-

sucion. No hay más que dos medios para llegar á ser heredero, *ex voluntate hominis* y *ex dispositione legis;* es así que en el caso de que habla la ley el heredero no lo es *ex voluntate testatoris*, como queda manifestado hasta la evidencia; luego es preciso que lo sea *ex dispositione legis*, como lo son todos los que suceden abintestato.

¿Cuál es el precepto que la ley contiene en su segunda y tercera parte? Nosotros alteramos el órden, porque á nuestro entender da esto más claridad. Así, pues, lo que el testador mandó señalada y determinadamente señalando la persona del heredero ó señalando cierta cosa que había de hacer el comisario, *mandamos que el tal comisario sea obligado á lo facer*. Es decir, que si el testador ordenó en el poder la sustitucion de heredero designando persona cierta, la manda de cierta cosa á persona tambien determinada, y las demas disposiciones que hiciere sin dejar nada al arbitrio del comisario se tendrán por válidas, y deberán ser cumplidas fielmente, aunque el comisario no lo hubiese convertido en testamento. Despues de todo, queda probado con evidencia que aquélla es la voluntad última del finado, y como tal debe ser respetada, puesto que la manifestó con las mismas solemnidades que el testamento requiere.

Cuando el testador hizo la institucion de esta manera, la ejecucion de su voluntad no se presenta difícil. Pero esto no sucede siempre, pues á veces el testador ordena parte, y parte deja al arbitrio del comisario. Si el testador mandó desheredar ó mejorar, sin designar persona, cuya eleccion dejaba al comisario, ¿quién se tendrá por desheredado ó mejorado?

Tello, haciéndose cargo del caso en que se estableciese una mejora, dice: que si el poder dado al comisario fué para que mejorase alguno de los hijos del testador y el comisario no otorgase el testamento, ninguno de los hijos sería mejorado por ser la mejora título de comparacion: del mismo modo resuelve la duda cuando sólo hubiere nietos. Si el testador hubiere dejado hijos, nietos ó biznietos y dió facultad al comisario para que mejorase á uno de los nietos ó biznietos, y el comisario no hubiere hecho la eleccion, dice que todos deben tenerse por mejorados en perjuício de los hijos, porque,—añade,—para el testador ya estaba hecha la mejora en favor de los nietos, y sólo se esperaba en quién recaia la eleccion, y por lo tanto, si no elegía el comisario, debían ser admitidos todos los del mismo grado. Si la facultad de eleccion no se hubiere limitado á los nietos ó biznietos, sinó que fuese extensiva á todos los descendientes, bien fuera hijo, nieto ó biznieto, resuelve que deben entenderse mejorados todos los hijos de primer grado, no respecto de ellos entre sí, lo cual no es posible, sinó respecto de los descendientes de grados posteriores.

Llamas se ocupa de los casos propuestos por Tello, y contradice los dos últimos. En el caso en que el testador hubiere dispuesto que el mejorado fuese un nieto, la solucion dada por Tello es opuesta á la voluntad del testador, que quiso que uno solo de sus nietos fuese el mejorado. De nada aprovecha que de parte del testador estuviese ya hecha la mejora, si dejaba á la voluntad del comisario elegir el que la había de obtener, pues no eligiendo éste, debía reputarse por no hecha, á causa de que faltaba la eleccion que se había cometido al comisario. La ley, pues, no se ha referido á estos casos.

Del mismo modo, y por las mismas razones, rechaza Llamas la solucion dada por Tello al caso en que se estableciese la mejora dejando al comisario la eleccion entre todos los descendientes, porque la mejora que ordenó el testador no debe tener mayor extension cuando el comisario no otorgó el testamento, que cuando usó de la facultad que le había conferido el poder: y si la ley dispone que el comisario sólo pueda hacer aquello que señaladamente le ordenó el testador, claro es que no puede mejorar á varios, si sólo para hacerlo con uno recibió poder.

Despues de cumplido todo lo que determinada y señaladamente hubiere dispuesto el poderdante, ó en defecto de estas disposiciones, serán llamados á la herencia aquellos parientes á quienes corresponda este derecho con arreglo á las leyes, los cuales deberán cumplir con las deudas del finado, dedicarán el quinto de los bienes en favor del alma de aquél y quedarán dueños del resto, salvo, repetimos, la parte que á los extraños corresponda en virtud de lo dispuesto en el poder y salvo tambien que si los llamados por ministerio de la ley fueren descendientes ó ascendientes del finado no tendrán la obligacion de emplear el quinto en sufragios.

Pero ¿y si no hubiere parientes colaterales? En este caso, entendemos que se habrán de observar las reglas generales que estudiaremos en otro lugar respecto al órden de suceder sin testamento. El fisco, en último caso, recogerá la herencia. Debe tenerse presente,—añade

Llamas,—que la mujer ó el fisco en su caso, estarán obligados igualmente á invertir el quinto de la herencia en beneficio del alma del testador, por no deberse reputar de mejor condicion y derecho que los herederos colaterales.

Artículo 902.—Los parientes colaterales que sean llamados á la herencia con arreglo al último párrafo del artículo anterior, deberán cumplir con la obligacion que en el mismo se les impone, dentro del año siguiente al fallecimiento del testador. Si no cumplieren con esta obligacion podrán ser compelidos á ello de oficio ó á instancia de cualquiera del pueblo.

ORÍGENES

Ley 18, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (36 de Toro).

Ley 14, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (Prag. 2 Febrero 1766).

COMENTARIO

En el caso del párr. 2.° del artículo anterior, si los llamados son ascendientes ó descendientes, reciben la herencia íntegra sin que por razon de sufragio ni otras obras por el alma del finado, tengan que descontar el quinto ni ninguna otra cantidad.

Mas si los llamados fueren cualesquiera otros parientes, tendrán que emplear en dichas obras hasta el quinto de la herencia.

Esta obligacion deberá cumplirse en el término de un año contado desde el fallecimiento del testador, pudiendo ser compelidos á ello si dejasen trascurrir dicho plazo sin cumplir lo preceptuado en la ley.

La pragmática de 1766 no ha hecho más que confirmar en todas sus partes el precepto de la ley de Toro, sin introducir variacion de ninguna especie.

Las aclaraciones que hace no son hijas de aquella ley, sinó de los abusos que en la práctica se cometian prescindiendo del texto expreso de la misma. Por eso añadió: «y en el caso sólo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes: todo lo cual se guarde y cumpla sin embargo de cualesquiera estilos, usos...»

Usamos de la palabra *testador* en el artículo porque es la misma que emplea la ley, sin que pretendamos prejuzgar la cuestion de si muere testado ó no.

Artículo 903.—No podrá el comisario, á ménos que tenga poder especial para ello, revocar el testamento otorgado con anterioridad por el mismo poderdante.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec. (34 de Toro).

COMENTARIO

El otorgamiento de un poder, cuando se tiene hecho con anterioridad testamento solemne, no supone en el testador voluntad de revocar el primero. Así lo dispone la ley.

«*El comisario por virtud del poder que tuviere para hacer testamento, no pueda revocar el testamento que el testador habia fecho en todo, ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello*».

Antonio Gomez, tratando de explicar la razon de esta ley, dice: que así como el comisario necesita especial poder para testar por otro, por igual razon debe tener expresa facultad para poder revocar el testamento que ya tenia hecho el que le dió el poder.

Tello Fernandez pretende que la verdadera razon que ha tenido el legislador para decidirse por esta doctrina, consiste en que el testamento se confirma por la muerte del que lo hizo, y como la virtud ó efecto de la comision para testar empieza á tener lugar despues de la muerte del que dió el poder, era consiguiente que el testamento que ya estaba perfectamente concluido y confirmado por la muerte del testador, no se pueda revocar sin poder especial para ello.

De todos maneras, el precepto era necesario, porque de no existir tan claro y terminante, los autores y los tribunales hubieran aceptado seguramente la interpretacion de que, cuando el testador otorgaba poder para testar teniendo ya hecho su testamento, no quería hacer un acto inútil, como resulta despues de la ley de Toro que comentamos, si es que especialmente no dió facultad el comisario para revocar el testamento anterior. Sin la declaracion expresa de la ley, ni las razones alegadas por Gomez, ni las que aduce Tello y los demas comentaristas, hubieran hecho triunfar esta doctrina. No se

comprende la necesidad de que un testador nombre comisario, como no quiera prescindir de su testamento; por eso, en defecto de la ley, se presumiría era voluntad la revocacion del testamento anterior, sobre todo si las facultades que en el poder confería al comisario no podían armonizarse con el testamento.

Si el testador da poder para instituir heredero, designando por su nombre la persona del que ha de serlo, ¿se supondrá revocada la institucion hecha en otro testamento? ¿Se tendrá igualmente por revocada la manda de cosa cierta hecha en testamento, si en el poder se autoriza al comisario para que legue aquella cosa misma á otra persona? ¿Será en estos casos preciso que el testador consigne expresa y determinadamente que le confiere poder para revocar la institucion ó el legado? ¿No es lícito presumir que la voluntad manifestada por el testador en el poder es derogatoria de la anterior? ¿Estarán más seguros los tribunales de cumplir la verdadera voluntad del testador, observando lo dispuesto en el testamento y haciendo caso omiso de lo que en el poder consignó?

La ley es terminante y no es accesible á interpretaciones; por eso señalamos casos en que su aplicacion puede resultar inconveniente.

Ya que no revocar el testamento, ¿podrá el comisario poner condicion al instituído?

Artículo 904.—Tampoco podrá el comisario revocar el testamento que hubiere otorgado en cumplimiento de su poder, ni otorgar codicilo ni declaracion alguna posterior á aquél.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec. (35 de Toro).

JURISPRUDENCIA

El comisario, en virtud del poder para testar, sólo puede disponer de las cosas en él señaladas y no más, sin que una vez otorgado el testamento pueda hacer declaracion alguna ni sostener como legado lo que ordenare con diferente carácter que el de comisario (Sent. 6 Marzo 1861).

COMENTARIO

Desde el momento en que el comisario otorgó el testamento para el cual se le confirió poder especial, ha cesado en su mandato, y no puede ni revocarlo ni alterarlo.

«*El comisario no pueda revocar el testamento que obiere por virtud de su poder una vez fecho, ni pueda despues de fecho facer codicilo, aunque sea ad pias causas, aunque reserve en si el poder para lo revocar o para añadir o menguar o para facer codicilo o declaracion alguna.*»

¿Cuál ha sido el motivo de esta ley?

Antonio Gomez opina que como el comisario obra por delegacion y en utilidad ajena, desde el momento que termina su comision y concluye el testamento, cesan y acaban sus facultades, á la manera que aquel á quien se comisiona para elegir una cosa que, una vez hecha la eleccion, no tiene facultad para variarla, ó como el juez que una vez que ha dictado la sentencia, carece de facultad para corregirla ó mudarla.

Tello Fernandez, apartándose completamente de la doctrina de Gomez, expone que el único fundamento de la resolucion de la ley, es que siendo el testamento hecho por el comisario real y verdaderamente del mismo testador, muerto éste no tiene el comisario términos hábiles para alterarlo, así como si lo hubiera hecho por sí mismo el difunto quedaba firme y permanente despues de su muerte, sin que por nadie pueda ser revocado.

Gutierrez expresa, que como el testamento de un comisario es el eco postrero de la palabra de un moribundo, parece justo que se recoja y selle de una vez para no alterarla ni cambiarla más.

Llamas añade, que la facultad de revocar el testamento llevaría consigo un absurdo, porque entónces era convertir el poder que recibió para hacer testamento en poder para destruirlo, y que muriese sin testar el que había dado el poder con el fin de morir testado.

De cualquier modo, la ley sienta el principio de que el comisario puede revocar el testamento que hizo, ni áun reservándose la facultad de hacerlo. La ley no necesita aclaracion de ninguna especie, y la jurisprudencia ha confirmado con sus decisiones el precepto de aquélla.

Esto no obstante, si el testamento primeramente otorgado por el comisario adoleciera de algun defecto de nulidad, puede otorgar otro ó subsanar la falta cometida en el primero, sin que por eso pueda decirse que aquél se revoca, puesto que lo nulo no puede decirse con ver-

dad que se deroga, toda vez que jamas tuvo valor.

Es de advertir que la segunda disposicion testamentaria que otorgue el comisario por el motivo ántes expresado, ha de formalizarse dentro del término que en el art. 901 hemos señalado.

Art. 905.—Si el testador, despues de haber hecho la institucion de heredero, otorgase poder para que otro terminase el testamento, este comisario podrá solamente disponer del quinto de los bienes que quedaren despues de satisfechas las deudas.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec. (37 de Toro).

COMENTARIO

Deseoso el legislador de prever todos los casos que pudieran presentarse, supone que el testador despues de haber instituído heredero, confiere poder para que otro termine el testamento. «*Cuando el testador nombrada ó señaladamente fizo heredero e fecho dio poder a otro que acabase por el su testamento, el tal comisario no pueda mandar despues de mandadas las deudas y cargos de servicios del testador, mas de la quinta parte de sus bienes del testador, y si mas mandare, que no vala, salvo si el testador especialmente le dió poder para mas*».

El legislador, á nuestro entender, ha pecado de redundante en este punto. Sin necesidad de escribir esta ley, se hubiera observado su doctrina deducida de las leyes anteriores. Combinando la 32 con la 34, hubiérase deducido necesariamente el precepto que comentamos. Si cuando el testador no da poder especial para sustituir ni para mejorar, sinó para otorgar testamento sin especificar las disposiciones que ha de contener, solamente podrá mandar que se paguen las deudas y cargos de conciencia del testador; si, por otra parte, el comisario no puede revocar, á ménos de tener poder especial para ello, el testamento que había otorgado el poderdante, es evidente que si llega el caso de que éste teste en parte y en parte delegue la facultad de testar, el comisario deberá respetar lo hecho por aquél, limitándose á cumplir la deudas y destinar la quinta parte en favor de su alma, salvo el caso de que hubiese recibido poder para más.

Solamente en cuanto á la disposicion del quinto hubiera sido posible la disparidad de opiniones. Si el comisario no concluyó el testamento, ¿deberá el heredero instituido invertir el quinto de los bienes en beneficio del alma del testador? Entienden algunos, que siendo el heredero colateral ó extraño, puesto que la ley 36 manda que cuando los parientes colaterales hereden los bienes del finado por no haber otorgado el testamento el comisario, estén aquéllos obligados á disponer de la quinta parte de los bienes por el alma del testador.

Afirman otros que la ley 36 se refiere únicamente al caso en que el testador, ó mejor dicho, el poderdante, murió por completo intestado, porque ni él ni el comisario otorgaron el testamento, caso distinto al que es objeto de la ley que comentamos, y no debe aplicarse la disposicion dada para el que murió completamente intestado al en que ha habido institucion de heredero.

Sin embargo, desde el momento en que el testador otorga el poder sin hacer en él disposiciones especiales, es evidente que se conforma con las disposiciones de esta ley, que su voluntad es que se practique lo que en esta ley se dispone; por consiguiente, bien por considerarse que en este punto murió intestado, como quiere Llamas, bien á título de interpretacion recta de la voluntad del testador, es preciso que el quinto se emplee en favor de su alma.

Artículo 906.—Cuando fueren varios los comisarios nombrados, si alguno de ellos renuncia, el poder queda íntegro en los demas. La discordia entre los comisarios se decidirá por mayoría de votos, y si hubiere empate lo resolverá el juez del lugar si fuere uno solo, y en otro caso, el que eligieren los comisarios ó el que designe la suerte si no hubiere acuerdo sobre este punto.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec. (38 de Toro).

COMENTARIO

Un último caso podía preverse por el legislador y ha sido objeto de su estudio. En sentir general de los autores, debiera haberse resuelto este caso de un modo diferente. A Tello le sorprende: *singulare est*, dice, que pueda someterse á varios la testamentifaccion. Gutierrez afirma que si esto sucede es por equivocacion.

Sin embargo, el precepto legal es tan claro y terminante que apénas hace posible alguna duda.

Cuando el testador dejare dos ó mas commisarios, si alguno ó algunos de ellos requeridos no quisieren, ó no pudieren usar del dicho poder ó se murieren, el poder quede por entero al otro ú otros que quisieren e pudieren usar del dicho poder; y en caso que los tales commisarios discordaren, cumplase y ejecutese lo que mandare y declare la mayor parte de ellos; y en caso que no haya mayor parte, y fueren discordes, sean obligados a tomar por tercero al corregidor, ó asistente, ó gobernador, ó el alcalde mayor del lugar donde fuere el testador, y si no oviere corregidor, ni asistente, ni gobernador, ni alcalde mayor, que tomen al alcalde ordinario del dicho lugar por tercero, y si muchos alcaldes ordinarios oviere, y no se concertaren los dichos comisarios cual sea, en tal caso echen suertes, y el alcalde á quien cupiese la suerte se junte con ellos é lo que la mejor parte declarare ó mandare, que aquello se guarde y ejecute.

Despues de un texto tan minucioso y claro, solamente se nos ocurre preguntar: cuando hay varios comisarios, ¿qué término se les concede para otorgar el testamento? ¿será aplicable á cada uno de ellos las diversas reglas que hemos visto en el art. 901 (ley 33 de Toro)? ¿habrá, por el contrario, un término comun á todos ellos; así para los que residieran en el mismo lugar como para los que se hallaren en el extranjero?

En cuanto al tercero nombrado para dirimir las discordias que surjan entre los comisarios, es opinion de los autores que hoy competen esas facultades á los jueces de primera instancia de la localidad, y en su defecto, al alcalde ordinario, en sentir de algunos, ó el juez municipal, segun manifiestan otros.

La eleccion de estos funcionarios se hará por mayoría de votos en los casos en que fueren varios los jueces de la misma localidad donde murió el testador, y solamente cuando tambien resulte empate en la designacion de juez se procederá á la insaculacion para determinarlo.

Segun expresan Gomez, Acevedo, Llamas y otros, la decision por suerte solamente tendrá lugar en el caso mencionado, y sin que ninguna otra cuestion ni discordancia pueda solventarse por aquel procedimiento.

No creemos que la ley haga necesaria esta aclaracion.

CAPÍTULO IV

DE LA APERTURA, PUBLICACION Y PROTOCOLIZACION DE LOS TESTAMENTOS

SECCION PRIMERA

DEL TESTAMENTO ABIERTO

Artículo 907.—A instancia de parte legítima, podrá elevarse á escritura pública el testamento hecho de palabra.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. II, Partida 6.ª
Art. 1380 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Cuando el testamento nuncupativo ordenado ante escribano no se redacta en escritura debidamente autorizada para que sea declarado testamento, deben preceder las mismas formalidades que para el hecho por cédula ante testigos exige este título (Sent. 11 Junio 1864).

Ni por este artículo ni por el 1383 de la ley de Enjuic. civ. se dispone que, aceptado un medio de prueba de la existencia de un testamento, no puede hacerse uso de los demas que reconoce el Derecho (Sent. 7 Diciembre 1866).

Cuando un español, con simple domicilio en un país extranjero, otorga en éste válidamente su testamento en cuanto á las formalidades externas, arreglándose al estatuto formal, ó lo que es lo mismo, á las solemnidades exigidas en el país en que testó, los tribunales de éste son competentes para todas las actuaciones de apertura del testamento, y para dictar las oportunas providencias respecto á su registro y á la conservacion y seguridad de los bienes (Sent. 6 Noviembre 1869).

COMENTARIO

El precepto contenido en este artículo no necesita explicacion.

Una duda solamente creemos que pueda estudiarse en este lugar. No señalándose en este artículo término dentro del cual el testamento hecho de palabra haya de formalizarse ante el juez competente, ¿estará en vigor la ley 11, tít. V, lib. II del Fuero Juzgo, que limita este término á seis meses bajo pena de nulidad?

No hemos visto propuesta esta duda por ningun comentarista. En nuestro sentir, despues de la ley 63 de Toro, quedó unificada la materia de prescripcion de acciones, y por consiguiente, derogada la ley del Fuero que resultaba en contradiccion con aquélla.

El silencio de los autores nos hace creer que participan de esta opinion. En su consecuencia, la accion que la ley confiere á todos los que sean parte legítima para que se eleve á escritura pública el testamento hecho de palabra, estará sujeta en cuanto á la prescripcion á lo dispuesto en la ley de Toro citada.

Artículo 908.—Se entiende ser parte legítima para los efectos del artículo anterior:

Primero. El que tuviere interes en el testamento.

Segundo. El que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador.

Tercero. El que, con arreglo á las leyes, pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se expresan en los párrafos anteriores.

ORÍGENES

Art. 1381 Ley Enjuic. civ.

COMENTARIO

«*Ante testigos*,—decia la ley de Partida,—*paladinamente seyendo fecho el testamento*, o *sin escritura si alguno de aquellos a quien fué algo mandado en él pidiese al juez que fiziesse venir ante si los testigos, e rescibiesse los dichos dellos en escrito en la manera que el testamento fuera ordenado ante ellos, deve el juez fazerlo assi.*» Mas este precepto ha sido considerablemente ampliado por la ley de Enjuiciamiento civil que comentamos.

En su virtud podrán pedir que el testamento hecho de palabra se eleve á escritura pública todos los que enumera el artículo.

En sentir de algunos, el juez que interviniere en las operaciones preliminares para la seguridad y custodia de los bienes, papeles y efectos pertenecientes á uno que se cree muerto sin testamento, deberá proceder de oficio á examinar los testigos que, segun su noticia, hayan asistido á la manifestacion de la última voluntad del testador, y si de sus declaraciones resultare la concurrencia de los requisitos que veremos más tarde, mandará, tambien de oficio, que se protocolicen, á fin de hacer constar de un modo fehaciente que existe disposicion testamentaria, y por lo tanto, que no puede continuar los autos del abintestato.

Entendemos, de acuerdo con el parecer de notables comentaristas, que la ley no consiente que el juez pueda elevar de oficio á escritura pública el testamento que resultare hecho de palabra: deberá limitarse á admitir la demanda que con aquel fin se hiciere por parte legítima, repeliéndola en otro caso.

En el primer número del artículo que comentamos deben comprenderse no sólo los que directa é inmediatamente han de recibir del testamento manda, legado, ó comision, sinó otras personas encargadas de representar determinados intereses, como el promotor fiscal por el Estado, el alcalde por el pueblo ó municipio, el diputado provincial, designado por la Diputacion, por ésta, etc.

¿Puede el acreedor pedir la protocolizacion del testamento otorgado de palabra? Manresa resuelve que los acreedores *reconocidos* en el testamento serán parte legítima para pedir que se eleve á escritura pública; pero no los *no reconocidos*, porque aquéllos tienen interes en que sea válido el testamento por la declaracion que contiene favorable al derecho de los mismos, y los segundos no se encuentran en este caso; su derecho no nace del testamento ni se justifica con él, sinó del convenio con el difunto, y pueden ejercitarlo contra la herencia, ya sea testada ó intestada, concediéndoles la ley en

ambos casos la facultad de intervenir en las operaciones de la misma para asegurarlo (artículos 376 y 407 Ley de Enjuiciamiento).

Si el testador no hubiere hecho designacion de heredero, limitándose á disponer legados ú otras declaraciones, ¿podrá el heredero *abintestato* pedir la protocolizacion del testamento?

El mismo autor ántes citado resuelve afirmativamente á esta pregunta, porque correspondiéndole á él darle cumplimiento, tiene este deber de conciencia, aunque le perjudique en sus intereses.

Artículo 909.—Hecha la solicitud, se señalarán día y hora para el exámen de los testigos y del escribano, si hubiere concurrido al otorgamiento.

Los testigos, y el escribano en su caso, serán examinados separadamente y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido.

ORÍGENES

Arts. 1382 y 1383 Ley Enjuic. civ.

Artículo 910.—El escribano ante quien se practicaren estas actuaciones dará precisamente fe de conocer á los testigos.

En los casos en que no los conozca, exigirá la presentacion de dos testigos de conocimiento, los cuales suscribirán las declaraciones de los que se encuentren en este caso.

Cuidará el juez bajo su responsabilidad de que se expresen en las declaraciones la edad de los testigos, y el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse el testamento.

Tambien deberá acreditarse, si no constare por notoriedad, la calidad del escribano del otorgamiento en los casos que hubiere concurrido.

ORÍGENES

Arts. 1384, 1385 y 1386 Ley Enjuic. civ.

Artículo 911.—Resultando de las declaraciones clara y terminantemente:

Primero. El propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última disposicion.

Segundo. La institucion de heredero ó el destino que el mismo diera á todos sus bienes ó parte de ellos.

Tercero. Que los testigos, y escribano en su caso, han oido de boca del testador y en un solo acto su disposicion.

Cuarto. Que los testigos son los que exige la ley, y reunen las cualidades que la misma establece.

El juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte con la cualidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente en el registro de una escribanía pública, que designará al efecto.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. II, Partida 6.ª
Art. 1387 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

La protocolizacion de un testamento es un acto de jurisdiccion voluntaria, cuyo conocimiento corresponde á los juzgados civiles ordinarios (Sent. 8 Agosto 1859).

Los tribunales no pueden, en cuanto á la prueba legal de un testamento, formar su conviccion por los amplios y racionales medios que para los hechos comunes establece la ley de Enjuiciamiento, sinó que deben necesariamente ajustar su criterio judicial á las reglas especiales que para la comprobacion de tales actos establece el derecho (Sent. 22 Octubre 1864).

Artículo 912.—Será preferida para la protocolizacion de todo testamento hecho de palabra y que se eleve á escritura pública, la escribanía del lugar en que tuviere domicilio el testador.

Si hubiere varias, se hará en la que designe el juez.

ORÍGENES

Art. 1388 Ley Enjuic. civ.

Artículo 913.—No habiendo escribano público en el lugar del domicilio del testador, tendrá lugar la protocolizacion en la escribanía de la cabeza de partido que el juez determinare.

ORÍGENES

Art. 1389 Ley Enjuic. civ.

COMENTARIO

Debe el expediente de protocolizacion del testamento comenzar necesariamente por la solicitud ó demanda de parte legítima, en la que se acompañe la cédula testamentaria si la hubiere, y en todo caso la designacion de los testigos y del notario que presenciaron el otorgamiento de la última voluntad. Si hubiere cédula y no estuviere en poder del solicitante, se expresará así, pidiendo que se le obligue á que la presente. Tambien deberá el demandante, si lo supiere, exponer las disposiciones que fueron objeto de testamento hecho de palabra, en párrafos numerados, á fin de que puedan servir para que á su tenor sean examinados los testigos; mas si no lo supiere el demandante se remitirá á lo que aquéllos declaren á las preguntas que les dirija el juzgado. Acompañará tambien á esta solicitud el certificado de defuncion del testador.

Presentada la solicitud en forma, y acreditada la personalidad del demandante al efecto de tenerle como parte legítima con arreglo á la ley, el juzgado señalará día y hora para el exámen de los testigos, debiendo verificarse el interrogatorio de todos ellos en un solo día, con separacion y de manera que unos no puedan oír ni enterarse de los declaraciones de los otros. A este objeto el juez adoptará las medidas que estime más oportunas, sin necesidad de que lo solicite el demandante.

Si citados los testigos para un día determinado no compareciesen todos, no podrán ser interrogados los que hubiesen comparecido, sinó que habrá de señalarse nuevo dia, á no ser que la falta de asistencia de alguno de los testigos fuere motivada por enfermedad ú otra causa suficiente debidamento justificada, ó por ausencia, en cuyos casos y á instancia de parte, pasará el juzgado á casa del enfermo ó impedido á recibirle la declaracion, ó lo hará por exhorto en caso de ausencia.

Antes de comenzar la declaracion deberá el escribano dar fe del conocimiento de los testigos; en otro caso deberán éstos ir acompañados de dos testigos que acrediten su identidad, en la forma comun y ordinaria.

Se hará constar la edad, domicilio actual y el que tuvieren en la época del otorgamiento, con todas las demas circunstancias que sean útiles á fin de determinar la personalidad de los testigos y que reunan las condiciones que las leyes exigen para que puedan serlo en el testamento hecho de palabra.

La edad y vecindad de los testigos no serán objeto de más justificacion que el dicho del mismo testigo.

El notario deberá acreditar su carácter de tal, exhibiendo el título, del que se tomará razon en autos, á ménos que sea conocido por el juez ó el escribano, en cuyo caso aquella justificacion es innecesaria; pero se hará constar por éste su conocimiento como notario, con residencia y habilitacion.

De estas declaraciones resultará, ó que existe testamento, ó que no existe.

Existirá testamento si de aquellas declaraciones apareciera clara y terminantemente probado: 1.°, el propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última disposicion: el testamento, como acto solemne y trascendental, exige que el que lo otorga tenga ánimo de que sus palabras sean oidas, conservadas por los testigos y ejecutada su voluntad despues de la muerte. Todo otro acto en que este propósito deliberado no resulte, no podrá considerarse como testamento. De la necesidad de hacer constar esto debidamente, nació en Roma la *rogacion* de los testigos, acto con el cual era imposible la duda que hoy se ha suscitado alguna vez.

2.° La institucion de heredero ó el destino que el mismo diera á todos sus bienes ó parte de ellos. No habiendo institucion de herederos no disponiéndose de todos los bienes ó siquiera de parte de ellos, no puede decirse que existe verdadero testamento. ¿Podrán elevarse á escritura pública las *declaraciones de pobre* que no contengan designacion de heredero? Las disposiciones testamentarias que suelen otorgar aquellos que carecen absolutamente de bienes, son perfectamente válidas y pueden contener algunas declaraciones de verdadera importancia que deben ser guardadas y cumplidas. Gomez expresa que pueden hacerse en estas declaraciones de pobreza: 1.°, sustituir pupilarmente al hijo que sea rico: 2.° dar tutor ó curador á sus hijos: 3.°, que un amigo ó consanguíneo del testador puede dejar sus bienes ó hacer un legado al mismo á quien éste habia instituido heredero. En nuestro concepto estas declaraciones pueden ser elevadas á escritura pública cuando fueren otorgadas de palabra ó por cédula.

3.° Que los testigos y el escribano en su caso han oido de boca del testador y en un solo

acto su disposicion. Consistiendo la fuerza de estos testamentos en la paladina manifestacion que el testador hace ante testigos de su última voluntad, y debiendo los testigos estar presentes *a lo ver otorgar*, han de dar fe de todo esto. No bastará que los testigos hayan *oido* al testador, es preciso que la última voluntad se declare *delante* de ellos y que *vean* al testador, circunstancias que harán constar los testigos. El testador puede dar á otro á leer la cédula en que haya hecho constar su voluntad, pero esto debe verificarse en presencia de los testigos y manifestando el testador claramente que aquella es su última voluntad (Sents. 6 Diciembre 1861 y 11 Junio 1864).

En cuanto á la unidad de acto, en otro lugar hemos dicho que ésta no ha de tomarse en el sentido riguroso del Derecho Romano, sinó como recomendacion de seriedad por una parte, y con el propósito de que la voluntad del testador no se manifieste separadamente en distinto lugar ó tiempo á cada uno de los testigos, sinó que de una vez, en un *solo acto*, la expresará á todos estando todos presentes.

4.° Que los testigos son los que exige la ley y reunen las cualidades que la misma establece. No reuniendo las cualidades que en otro lugar hemos visto, no son verdaderos testigos testamentarios; su dicho carece de validez para probar cuál fué la voluntad del testador; de suerte que debe el juzgado comenzar por cerciorarse de si los testigos presentados son ó no de estas condiciones, pudiendo suspender el interrogatorio y declaracion de alguno tan luégo como aparezca con alguna incapacidad legal.

Ademas de estas circunstancias que han de aparecer del dicho de los testigos, será preciso que conste y se justifique ademas: 1.°, que no fué posible hallar notario ni cinco testigos: 2.°, que no aparezca que el testador estuviere incapacitado.

La oposicion que se hiciere por un tercero á la protocolizacion y elevacion á escritura pública del testamento otorgado de palabra, no surtirá el efecto de suspender la práctica de las diligencias arriba mencionadas, las cuales habrán de sucederse en el modo y forma que la ley determina, sin que dicho expediente pueda hacerse contencioso por dicho motivo.

El que se crea perjudicado podrá en su día solicitar la nulidad del testamento, ó que se declare falso si hubiere méritos para ello.

La declaracion de testamento hecha por el juzgado se hará siempre sin perjuício de tercero.

SECCION SEGUNDA

DE LA APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO

Artículo 914.—El que tuviere en su poder un testamento deberá presentarlo al juez dentro del término de un mes, contado desde el fallecimiento del testador.

Si no cumpliere con esta obligacion, perderá la manda que le dejase en el mismo, y si no hubiere manda, estará sujeto al pago de una multa y resarcimiento de daños.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. II, Partida 6.ª
Ley 18, tít. V, lib. III, Fuero Real.
Ley 5.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

La apertura de un testamento cerrado es un acto de jurisdiccion voluntaria, cuyo conocimiento corresponde á los jueces de primera instancia (Sent. 1.° Agosto 1859).

COMENTARIO

La presentacion de este testamento deberá hacerse por medio de una comparecencia ante cualquier juez de primera instancia, debiendo preferirse, no porque la ley lo exija, sinó por conveniencia de los mismos interesados, el del lugar del otorgamiento, ó sea donde resida el notario y testigos que autorizaron la cubierta.

Tambien podrá hacerse la presentacion en un pedimento; mas áun cuando no se solicite la práctica de las diligencias sucesivas que la ley determina, habrá de practicarlas el juez.

El notario ó persona de confianza en cuyo poder el testamento haya sido depositado, tiene la obligacion de ponerlo en manos del

juez; así lo establece la ley: «Todo hombre que fuere cabezalero de algun testamento, muéstrelo ante el alcalde hasta un mes, y el alcalde hágalo leer ante sí públicamente, y el cabezalero que esto no cumpliere pierda lo que debe haber de la manda y dénlo por el alma del difunto: y esto mismo sea de todo hombre que tuviere el testamento y no lo mostrare ante el alcalde como dicho es, aunque no sea cabezalero, y si ninguna cosa hubiere mandado en el testamento, pague el daño á la parte y dos mil maravedís para la nuestra Cámara».

Artículo 915.—Luégo que se presentare ante cualquier juez un testamento cerrado, hará que se extienda por el escribano diligencia expresiva de su estado, firmándola la persona que haya hecho la presentacion.

En dicha diligencia se expresará cómo se han encontrado la cubierta y sus sellos, y las demas circunstancias que se noten y puedan dar á conocer el estado del pliego que lo contenga y se haya presentado.

ORÍGENES

Arts. 1390 y 1391 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Unicamente serán jueces competentes para verificar la apertura de testamentos cerrados, los de primera instancia de la jurisdiccion ordinaria (Sents. 1.° Agosto 1859 y 23 Mayo 1860).

Cuando se deposita un testamento, siempre queda á disposicion del testador, sin que pueda negársele su entrega (Sent. 1.° Febrero 1861).

Artículo 916.—Hecho lo que queda prevenido en el artículo anterior, dispondrá que se cite para el día siguiente, ó ántes si es posible, al escribano y testigos que firmen en su cubierta, á fin de hacer ante ellos la solemne apertura del pliego.

ORÍGENES

Art. 1392 Ley Enjuic. civ.

COMENTARIO

A propósito de esta materia, Manresa examina estas tres cuestiones: 1.ª ¿Quién es el juez competente para la apertura del testamento cerrado? 2.ª ¿Quién es parte legítima para solicitarla? 3.ª ¿En qué forma ha de pedirse?

La primera cuestion está resuelta por la jurisprudencia en el sentido de que las palabras *cualquier juez* de la ley se refieren única y exclusivamente á los jueces de primera instancia de la jurisdiccion ordinaria, pues áun tratándose de testamentos cerrados otorgados por los individuos que gozan de fuero militar, deberán ser protocolizados con las solemnidades de derecho comun y en la forma que se previene en la ley de Enjuiciamiento civil, por considerarse el otorgamiento de la última voluntad en forma de testamento cerrado como una renuncia lícita del fuero de guerra, quedando por lo mismo sujetos los otorgantes á la jurisdiccion ordinaria (R. O. 31 Octubre 1864).

Respecto á quién sea parte legítima para solicitar la apertura, nada dice la ley, sin duda porque una vez presentado el testamento el juez no puede retenerlo sin abrirlo, sinó que deberá proceder á citar al notario y testigos, con todo lo demas que la ley expresa, sin necesidad de que se solicite por parte legítima.

Mas, si el que tiene el testamento cerrado demorase su presentacion, ¿quién tendrá derecho á exigir que lo ponga á disposicion del juzgado?

Si en esta demora concurrieren circunstancias justificativas de que el depositario incurría en la responsabilidad criminal determinada en el artículo 375 en relacion con el párr. 2.° del 377 del Código penal, podrá entablarse la querella por cualquiera, con arreglo á los artículos 241 y 413 de la Compilacion de Enjuiciamiento criminal.

Si no hubiere méritos para exigirle esta responsabilidad, podrá hacer la reclamacion cualquiera que se crea interesado en el testamento, de lo cual, ó por lo ménos de no obrar maliciosamente, habrá de prestar juramento con arreglo á la ley 1.ª, tít. II, Partida 6.ª, que dice: «En poridad, e con escritura seyendo fecho el testamento, pueden aquellos a quien es mandado algo en el, demandar ante juez quel abran, seyendo muerto el que fizo el testamento. Pero el que esto demanda debe jurar primero, que non lo face maliciosamente, mas por cuydar que en aquel testamento yaze alguna cosa que le fué mandar a el, o a aquel por quien lo demanda. Esto es, por quel testamento non pertenece tan solamente a un ome solo, maguer sea heredero, mas a todos aquellos a quien es mandada alguna cosa en él.»

En cuanto á la forma en que se ha de pedir la apertura y protocolizacion del testamento

cerrado, el Tribunal Supremo ha declarado que es objeto de un expediente de jurisdiccion voluntaria, lo cual deberá ser, no sólo cuando se haga la presentacion del testamento por el mismo depositario del testamento, sinó cuando se reclame por parte legítima la presentacion del testamento que el depositario retiene sin causa: mas en este caso, si por el depositario ó por otra persona que tenga derecho se formulare oposicion ó se negare la entrega, el expediente se convertirá en contencioso y se sustanciará por la vía ordinaria.

Dice la ley «...quel abran seyendo muerto el que fizo el testamento...» por consiguiente, será preciso justificar esta defuncion para que el juez proceda á ordenar la apertura.

Artículo 917.—Si alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, serán abonados examinándose dos testigos que conozcan las firmas de ellos y aseguren la semejanza de las del pliego con las legítimas.

Si el escribano hubiere fallecido ó se hallare ausente, será tambien de la manera prevenida en el párrafo anterior.

El juez y el escribano ante quien se instruya el expediente, cotejarán su signo con otro del mismo que sean indubitados, cuando esto pueda verificarse.

ORÍGENES

Arts. 1393 y 1394 Ley Enjuic. civ.

Artículo 918.—Tanto el escribano como los testigos, si están presentes, reconocerán sus firmas expresando bajo juramento si son de su puño y letra.

Tambien expresarán con igual solemnidad si vieron poner las firmas de los que hayan fallecido ó estén ausentes y las tienen por legítimas.

Poniéndoseles el pliego de manifiesto y permitiéndose lo reconozcan previamente, expresarán igualmente si lo encuentran en el mismo estado en que se hallara cuando firmaron su carpeta.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tít. II, Partida 6.ª
Art. 1395 Ley Enjuic. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 1007 Cód. Francia.—1643 Luisiana.—Leyes 4.ª y siguientes, tít. III, lib. XXIX, Digesto.

Artículo 919.—Hecho todo lo que queda prevenido en los artículos precedentes, se abrirá el pliego por el juez ante los escribanos y testigos y la persona que lo hubiere presentado, leyéndose el testamento que contenga en presencia de todos ellos.

Verificada la lectura, se dictará providencia mandando protocolizar el testamento con todas las diligencias originales de su apertura, dándose á la persona que lo haya presentado testimonio de la expresada providencia para su resguardo.

ORÍGENES

Arts. 1396 y 1397 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Cualesquiera que sean los vicios ó defectos de que adolezcan las diligencias de apertura de un testamento, ya por hallarse extendidas en papel comun, ya por no haberse examinado algunos de los testigos de la carpeta, ni comprobado sus firmas, ni abonado sus dichos con arreglo á derecho, cuando los interesados en el mismo aceptan la parte de herencia que les corresponde, quedan legalizadas, sin que despues puedan decir nada contra ellas (Sent. 13 Mayo 1865).

Artículo 920.—Si hubiere memoria testamentaria se extenderá diligencia expresiva de la persona que la haya presentado, ó en poder de quien haya sido hallada, de su estado, y de si hay en ella las señales que en el testamento se hayan consignado para darla á conocer.

Hallándose en la memoria las señales referidas en el párrafo anterior, se mandará protocolizar juntamente con el testamento.

ORÍGENES

Arts. 1398 y 1399 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Lo sancionado acerca de memorias testamentarias por los artículos 1398 y 1399 de la ley de Enjuiciamiento civil y por la jurispru-

dencia, es que la validez y eficacia de tales memorias depende esencialmente de que estén insinuadas en un testamento arreglado á las prescripciones de derecho del cual tomen su autoridad y fuerza, y aparezcan ó sean presentadas con las señales que en el mismo testamento se hubiesen consignado para darlas á conocer (Sent. 30 Junio 1876).

Artículo 921.—La protocolizacion de los testamentos cerrados y memorias, se hará precisamente en el registro del escribano que haya autorizado el otorgamiento de los primeros siempre que sea posible.

Caso de no serlo por cualquier causa, en la escribanía que designe el juez de las del lugar del domicilio del testador.

ORÍGENES

Art. 1400 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

La protocolizacion del testamento cerrado debe hacerse en el registro del escribano que lo autorizó, siempre que sea posible (Sent. 1.° Agosto 1859).

COMENTARIO

Tales son las diligencias que deben practicarse para la apertura y protocolizacion de testamentos cerrados. En cuanto á las memorias testamentarias, en otro lugar (pág. 422) hemos dicho lo suficiente sobre su carácter y valor.

Estas disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, que hemos creido necesario colocar en este sitio por exigirlo así el plan adoptado por el Proyecto de Código, plan á que nosotros nos hemos acomodado, no merecen más explicacion. Las dudas á que puedan dar lugar, se han de referir únicamente á detalles de procedimiento que serian ociosos en este sitio.

CAPÍTULO V

DE LA CAPACIDAD PARA DISPONER Y ADQUIRIR POR TESTAMENTO

Artículo 922.—Pueden disponer por testamento los varones mayores de 14 años y las hembras mayores de 12 que al hacerlo gocen de su cabal juício.

Los locos ó dementes que tengan lúcidos intervalos, pueden disponer durante ellos.

ORÍGENES

Ley 13, tít. I, Partida 6.ª
Ley 10, tít. V, lib. II, Fuero Juzgo.
Ley 6.ª, tít. II, lib. V, Fuero Viejo de Castilla.
Ley 6.ª, tít. V, lib. III, Fuero Real.
Ley 4.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec. (5.ª de Toro).

CONCORDANCIAS

El art. 1464 Cód. Luisiana señala la edad de 16 años.—El 562 Vaud la de 17.—El 944 Holanda la de 18.—Lo mismo el 569 Austria.—Lo mismo el 17, tít. XII, parte I; pero concediendo al mayor de 14 y menor de 18 testar de viva voz ante el tribunal.—Ley 17, tít. I, lib. XXVIII, Digesto.—Párr. 1.°, tít. XII, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Aunque el demente y el desmemoriado no pueden hacer testamento miéntras se encuentran en semejante situacion, pueden, sin embargo, otorgarlo cuando se hallen en aptitud mental para ello (Sent. 5 Octubre 1859).

Para que el testamento otorgado por el que padeció en algun tiempo demencia se presuma hecho en tal estado, miéntras no se justifique lo contrario, es preciso que conste que se hallaba en tal estado habitual y ordinariamente (Sent. 11 Febrero 1860).

Por la ley 13, tít. I, Partida 6.ª, se prohibe al desmemoriado otorgar testamento (Sent. 12 Octubre 1860).

La validez y eficacia de los testamentos no sólo consiste en que se hayan otorgado con todas las solemnidades externas que exigen las leyes, sinó ademas en que el testador, al tiempo

de otorgarlo, haya tenido capacidad para ello (Sent. 24 Marzo 1865).

La sentencia que en vista de la prueba practicada estima que el testador se hallaba en la plenitud de sus facultades intelectuales en el acto de hacer su disposicion testamentaria, quedando sólo privado de ellas al terminarlo, y declara dicha disposicion como su verdadero testamento, no infringe las leyes (Sent. 7 Diciembre 1866).

Cuando es un hecho convenido por las partes que la enajenacion mental que sufrió el testador sobrevino despues de otorgada su voluntad, no tienen aplicacion los principios de que el loco no es capaz de consentimiento y de que se le considera muerto civilmente (Sent. 24 Octubre 1867).

No puede decirse que existe una prueba documental de la capacidad del testador sólo por haberse apreciado en el testamento que tenía despejadas sus facultades intelectuales, cuando los testigos de aquel acto declaran despues en sentido contrario (Sents. 18 Setiembre 1865 y 4 Octubre 1871).

La cuestion sobre la capacidad del testador está sometida á la apreciacion de la Sala sentenciadora; la prueba de la incapacidad incumbe al demandante (Sent. 11 Mayo 1875).

COMENTARIO

La testamentifaccion comprende la facultad de *disponer* por testamento y la facultad de *adquirir* por idéntico medio.

Así como no toda persona es hábil para contratar ni para contraer matrimonio, etc., del mismo modo no todos son capaces para disponer de lo suyo á la hora de la muerte. ¿En qué han de fundarse las declaraciones de capacidad ó incapacidad para adquirir? En Roma se fundaban en estos tres requisitos: libertad, ciudadanía y familia.

Los Códigos modernos buscan estas limitaciones en el derecho natural y en los requisitos de la ley civil.

Por nuestro Derecho, la regla general es que todos pueden hacer testamento y disponer de sus bienes. Las excepciones las forman las incapacidades.

El artículo que comentamos señala dos:

1.° Los menores de 12 y 14 años respectivamente segun sean hembras ó varones.

2.° Los que no gozan de su cabal juicio.

En el Fuero Juzgo se disponía que: «*Los ninnos que son menores de XIIII annos, si quisieren fazer manda de sus cosas o otro prometimiento, o por escritura o por testimonias non lo pueda fazer, fueras ende si fuere por enfermedad o por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de X annos adelantre puede cada uno dellos mandar de sus cosas lo que quisiere. E si despues combrar de la enfermedad, cuanto mandaron non debe valer, fueras ende si por ventura tornaren en enfermedad, e lo otorgaren de cabo, o si ovieren despues cumplido XIIII annos.*

El Fuero Viejo dijo que todo fijo dalgo que sea mañero (1) podía otorgar testamento con ciertas limitaciones, y lo mismo repitió el Fuero Real.

En cuanto á las Partidas, dispusieron que: «*Todos aquellos a quien non es defendido por las leyes, pueden facer testamento e los otros que non lo pueden facer son estos: El fijo que está en poder de su padre, maguer gelo otorgasse: Pero si fuesse caballero o ome letrado, cualquier destos fijos, que aya de los bienes que son llamados* PECULIO CASTRENSE, VEL CUASI CASTRENSE *puede facer testamento dellos. Otrosi el mozo que es menor de catorze años e la moza que es menor de doze años maguer non sean en poder de su padre, nin de su abuelo, non pueden facer testamento. Esto es porque los que son desta edad no han entendimiento complido.*

Mas este precepto fué modificado esencialmente por la ley de Toro: *el fijo o fija que está en poder de su padre, seyendo de edad legitima para hacer testamento, pueda facer testamento como sí estuviese fuera de su poder.*

En Roma la facultad era inherente á la condicion de *pater familias*: así es que los hijos no podian hacer testamento sinó de aquellos bienes respecto de los cuales tenían la condicion de emancipados, como los castrenses y cuasi castrenses.

Esta doctrina pasó íntegra á las Partidas. Pero los intérpretes dieron lugar á una duda nacida de la contradiccion que existía entre la ley de Partidas y las del Fuero Real, que decía: *Todo ome que no hobiese fijos o nietos o dende ayuso que hayan derecho de heredar, pueda facer de todo lo suyo lo que quisiere: e no le pueda embargar, nin padre, nin madre, nin otro pariente.*

Opinaron algunos, interpretando las palabras de la ley, que ésta se refería á los hijos que vi-

(1) Sin sucesores.

vian bajo la patria potestad, y por consiguiente, que la ley del Fuero confería al hijo la libre facultad de disponer de sus bienes por testamento.

Otros, por el contrario, entendian la ley en el sentido de que ella permitia testar al hijo, pero solamente cuando estaba emancipado, pues—decian—la ley hace mencion de la madre en igual sentido que del padre: y como la madre por ningun derecho tiene los hijos bajo su potestad, se infiere que habla del padre en igual caso, esto es, cuando no tiene al hijo en su potestad.

Verdaderas ó falsas estas interpretaciones, lo cierto es que dieron lugar á dudas que vino á disipar la ley 5.ª de Toro.

Hoy, por consiguiente, el hijo de familia puede hacer testamento sin más que dos limitaciones: 1.ª, que sea de cierta edad: 2.ª, que no perjudique en sus disposiciones á los herederos forzosos.

En cuanto á la edad, la ley da una razon que no nos satisface, *porque no son de entendimiento complido*: con arreglo á este principio la facultad de hacer testamento habia de retardarse mucho más.

El último día de los 14 ó 12 años principiado, ¿se tendrá por concluído?

Los autores de Derecho Romano entienden generalmente que basta que el día haya comenzado para considerar al hijo mayor de 12 y 14 años en cada caso: es decir, que cuentan de año á año.

Otros autores—entre ellos Goyena—dicen que el nacido por ejemplo á las once de la noche, no puede decirse que cumplió los 14 años á las once de la mañana del mismo día del 14.º año, sinó que los cumplirá á las once de la noche, y á contar desde la hora siguiente es ya mayor de 14 años, es decir, que debe contarse de momento á momento.

Respecto de la segunda limitacion, es consecuencia del principio general de legítimas, que examinamos más adelante.

Requiérese para hacer testamento, hallarse en el uso completo de la razon.

Así el Fuero Juzgo decía: «*E los ninnos o los vieios que son fechos locos, e que no han ninguna sanidad en nenguna ora, nin pueden ser testimonias, ni maguer fagan manda non deue valer. Mas si en alguna ora ouieren sanidad, lo que ficieren en aquel tiempo de sus cosas debe ser establescido.*

La ley de Partida sentó el mismo principio: *Otrosi el que fuere salido de memoria non pue de fazer testamento mientra que fuere desmemoriado.*

En otro lugar hemos explicado la razon de privar al loco de la libre disposicion de sus bienes durante su vida; idénticas razones justifican la prohibicion de testar. Sin embargo, la ley ha creído que en los momentos de lucidez no habia inconveniente en conceder la facultad de hacer testamento.

De la dificultad que presentan nuestras leyes cuando se trate de determinar quiénes son los comprendidos dentro de las denominaciones de loco, desmemoriado, salido de memoria, sin memoria, sin seso, fuera de seso, etc., que emplean los cuerpos legales, no nos hemos de ocupar; nos faltaría espacio para ello, y por otra parte la cuestion pertenece por entero á la *Medicina legal.* De todas maneras, la apreciacion judicial respecto á las facultades racionales y afectivas decidirá los casos dudosos que se presenten en la práctica.

Respecto á los intervalos lúcidos, la generalidad de los autores aconsejan prudentemente que los parientes ó las otras personas interesadas acudan al juez, á fin de que éste, previo reconocimiento facultativo del que resulte la aptitud mental del testador, reciba la declaracion de la última voluntad con las solemnidades ordinarias, la cual, firmada por los facultativos y testigos, se presente al juez para su aprobacion.

Mas este consejo no está sancionado por la jurisprunencia (Sent. 15 Octubre 1859).

Suscitan algunos una duda que no deja de tener importancia. Siendo muy frecuentes por desgracia los casos en que á la muerte precede una honda perturbacion mental, se pregunta: ¿es válido el testamento hecho por el testador durante su última enfermedad, quizá momentos ántes de bajar al sepulcro?

Excusado será decir que se han sustentado la afirmativa y la negativa.

Nosotros, de acuerdo con Gomez y Matienzo, creemos que por muy frecuentemente que esto tenga lugar, no es posible obligar al designado por heredero á que en cada caso justifique el pleno goce de las facultades mentales del testador.

Siempre que el testamento reuna las condiciones y solemnidades externas exigidas por las leyes, la presuncion está á favor de la validez del mismo; el que lo ataque, el que pretenda que adolece de algun vicio, es el que debe suministrar la prueba del vicio que en su concepto existe.

Artículo 923.—El ciego no podrá otorgar testamento cerrado.

ORÍGENES

Ley 14, tít. I, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 113 y 115, tít. XII, parte 1.ª Cód. Prusia.—Ley 8.ª, tít. XXIII, lib. VI, Código.—Párr. 3.º, tít. X, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Si la ceguera no se ha justificado completamente, aunque el testamento se haya otorgado sólo ante tres testigos, no puede considerarse infringida la ley 2.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec. que previene intervengan cinco testigos á lo ménos en esta clase de testamentos (Sent. 12 Mayo 1841).

COMENTARIO

Ya en otro lugar hemos dicho que el ciego solamente puede otorgar testamento abierto, con las solemnidades que determina la ley 3.ª de Toro.

La razon de este precepto es obvia, y no necesitamos repetirla.

La ley de Partida dice: *«El ciego no puede fazer testamento, fueras ende de esta manera: deue llamar siete testigos e un escriuano público: e delante dellos deue decir como quiere fazer su testamento. Otrosi deue nombrar quales son aquellos que establece por sus erederos o que es lo que manda: e el escriuano deue escreuir todas estas cosas delante dellos, e despues que fueren escritas deuen ser leydas delante dellos: e despues que fueren escritas e leydas, deue decir el ciego manifiestamente como aquel es su testamento. E de sí, cada uno de los testigos, deue escreuir su nome en aquella carta, si supiere escreuir e si non deuelo fazer escreuir a otro. E tambien el escriuano público que escriuiere la carta como los testigos, deuen sellar la carta..., etc.»*

El Proyecto de Código extiende la prohibicion de otorgar testamento cerrado al que no sabe ó no puede leer, fundándose, sin duda, en que el peligro de fraude no está sólo en que pueda sustituirse un pliego por otro, sinó en que se escriba en él cosa diferente de lo que el testador desea.

Muchos Códigos prohiben el otorgamiento de testamento cerrado de una manera general, como el frances, que dice: «los que no sepan ó no puedan leer, podrán hacer disposiciones en la forma de testamento místico». Dentro de este precepto está comprendida la limitacion del ciego.

Artículo 924.—Tampoco podrá otorgar testamento el sordo ó mudo que no sepa leer.

ORÍGENES

Ley 13, tít. I, Partida 6.ª

COMENTARIO

«Otrosi dezimos que el que es mudo o sordo desde su nascencia non puede facer testamento. Empero el que lo fuere por alguna ocasion, assi como por enfermedad, o de otra manera, este atal si supiesse escribir, puede fazer testamento, escreuiendolo por su mano misma.» Tales son las palabras de la ley de Partida.

Artículo 925.—Son incapaces de testar los pródigos declarados tales por sentencia judicial.

ORÍGENES

Ley 13, tít. I, Partida 6.ª

COMENTARIO

El malgastador de lo suyo, que ha demostrado su falta de discernimiento y de capacidad para administrar sus bienes, está privado de su libre disposicion durante su vida y áun en la hora de su muerte... *nin el desgastador de lo suyo a quien ouiesse defendido el juez que non enajenase sus bienes. Pero si ante de tal defendimiento ouiesse fecho testamento valdria.»*

La prodigalidad es tenida como una locura, y en efecto, así lo parece, á lo ménos, reducida á un punto determinado, á una manía únicamente. Hay, sin embargo, una diferencia notable; el loco puede hallarse en momentos de lucidez, en los cuales pueda disponer de lo suyo con criterio tan despejado como cualquier hombre: al pródigo jamas se le suponen estos momentos en que olvide ó se despoje de su vicio ó de su defecto.

Esto, no obstante, como los efectos legales de

la prodigalidad, no comienzan sinó por declaracion judicial, el testamento hecho con anterioridad no pierde su fuerza. La sentencia no tiene efecto retroactivo en este caso.

Las leyes consignan algunas otras incapacidades para testar.

Así, por ejemplo, la ley 15, tít. I, Partida 6.ª, prohibía otorgar testamento al condenado á muerte ó á destierro. Esta ley se halla expresamente derogada por la 3.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., ó sea la 4.ª de Toro, que dispuso lo siguiente: «Mandamos que el condenado por delito a muerte civil o natural pueda fazer testamento y codicilo, o otra cualquier ultima voluntad, o dar poder a otro que lo faga por él como si no fuese condenado, el cual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delito fueren confiscados, o se ovieren de confiscar, o aplicar a nuestra Cámara o a otra persona alguna».

La razon de la ley de Toro es tan plausible, que la han copiado todos los Códigos.

Abolida hoy la confiscacion, el precepto de la última parte de la ley ha quedado borrado, pues, en cuanto á la multa, costas é indemnizacion civil que llevan consigo las condenas, son consideradas como deudas del testador, y deben ser satisfechas en la forma que previenen las leyes procesales y el Código Penal.

Tambien consigna la ley de Partida otras prohibiciones: «Refenes dan a las vegadas los omes por si a los enemigos por salir de cativo. E porque estos atales non son en su poder, por ende non pueden fazer testamento. Otrosi, aquel contra quien fuese dado juicio por razon de cantiga o por razon de ditado que ouiesse fecho contra otro, en quel dijesse atal mal, porque pudiera ser enfamado, este atal non podria despues fazer testamento. Otro tal seria si alguno fiziesse testamento, cuidando que era libre, si despues fuesse probado que era siervo. Eso mismo sería, que non valdria el testamento que fiziesse el que cuidasse ser salido del poder de su padre, sil fuesse prouado despues que non era assi. E aun dezimos que los herejes despues que son condenados por sentencia de heregia non pueden fazer testamento, nin aquellos que son juzgados por traidores».

Omitimos ocuparnos de algunas dudas que suscitan los autores respecto de la inteligencia de esta ley: tales cuestiones carecen de importancia desde el momento en que todos convienen en la inobservancia del precepto legal, expresa ó tácitamente derogado.

Respecto á la facultad de testar los religiosos profesos, nuestra legislacion ha sufrido grandes alternativas.

El Fuero Real (ley 11, tít. VI, lib. III) dijo: «Todo ome e toda muger que orden tomare, puede fazer su manda de todas sus cosas fasta vn año complido, e si ante del año no lo fiziere, el año pasado no lo pueda facer, mas sus hijos hereden lo suyo: e si fijos o nietos, o dende ayuso no ouiere, eredenlo los parientes mas propinquos».

Las Partidas (ley 17, titulo ántes citado) establecieron que «Religiosa vida escogiendo algun ome, o alguna muger, de facer, asi como entrando en algun monasterio o faziendosse ermitaño o emparedado, o tomando otra orden, este atal non puede fazer testamento: mas todos los bienes que ouiesse deuen ser de aquel monesterio, o de aquel lugar do entrasse, si non ouiesse fijo o otros que descendiessen por liña derecha que ereden lo suyo...»

Por decreto de Córtes de 26 Junio de 1822 se ordenó que «Todos los regulares secularizados de uno y otro sexo están habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima, como por cualquier otro de sucesion, bien sea ex-testamento ó abintestato, entendiéndose esta habilitacion desde la fecha de la secularizacion y sin que tenga efecto retroactivo con relacion á las legitimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas ántes de la época expresada, cuya resolucion deberá tener lugar no obstante cualesquiera renuncias ó cesiones que hubieren hecho los interesados á favor de sus propias comunidades ó de sus familias, cuándo entraren en religion».

Derogado este decreto en 1823, fué de nuevo puesto en vigor en 27 de Enero de 1837.

En 29 de Julio del mismo año se dispuso ademas que: «Gozarán de la testamentifaccion, de la capacidad para adquirir entre vivos ó extentamento ó abintestato y de los demas derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares, los religiosos secularizados y exclaustrados de ambos sexos desde que salieron de los conventos, y las monjas que continúen en los que queden abiertos desde el 8 de Marzo de 1836».

En 19 de Setiembre de 1867 se declaró por medio de un Real decreto, que en virtud del Concordato de 1851 no podían las religiosas testar ni recibir herencias.

En Real decreto de 25 de Julio de 1868, dic-

tado de acuerdo con el Nuncio de S. S. (1), se privó á las religiosas de la facultad de adquirir individualmente; pero se dejó á salvo el derecho de las comunidades para adquirir segun las leyes canónicas. En 15 de Octubre de 1868 (2) fué revocado dicho decreto, restableciéndose en todo su vigor la ley de 1837. En 25 de Abril de 1875 se autorizó por decreto el ingreso y profesion de novicias con sujecion á lo prescrito en los sagrados cánones y á lo concordado con la Santa Sede, por lo cual estiman muchos que se ha puesto en vigor el Real decreto de Julio de 1868.

Sin embargo, en contra de esta opinion parece haberse resuelto por el Tribunal Supremo, al decir en sentencia de 31 de Diciembre de 1878, que «dada la capacidad de adquirir y disponer de sus bienes los clérigos regulares y, por consiguiente los padres escolapios, con arreglo al art. 38 de la ley de 1837, la sentencia, al estimar como válido el testamento otorgado por un escolapio, y válida tambien la institucion de herederos hecha por una testadora á favor de dos individuos de dicho instituto, no ha podido infringir ni infringe las leyes 1.ª, tít. XIII, Partida 6.ª; 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., y cap. 2.°, Cau. 25 *De regularibus*, Concilio Tridentino».

En cuanto á los clérigos seculares, el derecho canónico sólo les permite testar de sus bienes patrimoniales, cuasi-patrimoniales ó industriales; pero no de los provenientes de la Iglesia, ni de los adquiridos por razon de ésta (1); doctrina que fué admitida por las leyes 3.ª, 4.ª y 5.ª, tít. XXI, Partida 1.ª; pero por derecho nacional esto no se observaba y los clérigos testaban igualmente de toda clase de bienes con arreglo á la ley 12, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.

Artículo 926.—Los testamentos otorgados fuera de España por los extranjeros, se regirán en cuanto á su validez por la disposicion del art. 4.°, párrafo cuarto, Título preliminar.

Los extranjeros podrán otorgar testamento en España, sujetándose en cuanto á las formalidades externas á las leyes del lugar de su otorgamiento.

ORÍGENES

Leyes 30 y 31, tít. I, Partida 6.ª
Ley 18, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.
R. D. 17 Octubre 1851.

COMENTARIO

Interésanos conocer el valor que los testamentos hechos en el extranjero tienen en nuestro país, porque bien pueden estar otorgados por súbditos españoles, bien disponerse en ellos de bienes sitos en el territorio español.

Nuestras leyes, deferentes siempre con los extranjeros, consignaron la facultad de testar que debía serles respetada.

La ley 30 de Partida dice: «Enferman á las vezes los Pelegrinos, e los Romeros, andando en sus romerías; de manera que sintiéndose muy cuytados de las enfermedades, *han de facer sus testamentos et sus mandas*: et porque acaesció ya en algunos logares, que aquellos en cuyas casas posauan lo embargauan mallciosamente, que non pudiessen esto fazer con intencion que si muriessen que fincassen en ellos todas las cosas que trayan. Por ende defendemos, que ninguno ome de nuestro Señorio non sea osado de fazer tan grand maldad como esta, de los embargar, nin contrallar, en ninguna manera que ser pueda, que non fagan sus testamentos, et sus mandas, en la manera que quisieren. *Ante tenemos por bien e mandamos que hayan libre poder para fazerlo*, et como quier que ellos ordenaren, e establecieren e mandaren fazer de sus cosas con razon e con

(1) Dispuso este Real decreto: 1.° Se declaran válidos y subsistentes todos los actos de dominio que las religiosas profesas hayan ejercido individualmente á consecuencia de las disposiciones de 29 de Julio de 1837 desde su publicacion hasta el día, produciendo aquéllos todos los efectos legales.—2.° Salvo el derecho de las comunidades para adquirir y poseer segun las leyes canónicas, y segun los convenios celebrados con la Santa Sede, se declara que en adelante no podrán adquirir individualmente bienes de ninguna especie las religiosas profesas, y que serán nulas y de ningun valor ni efecto todas las admisiones que ilegalmente hicieren.—3.° Se concede el término de tres meses, á contar desde la publicacion de este decreto, para que las religiosas profesas puedan disponer libremente de los bienes que hasta el presente hubieren adquirido en virtud de las disposiciones de la citada ley de 29 de Julio de 1837, produciendo tambien los actos de dominio que en este plazo ejercieron todos sus efectos.—4.° Los bienes adquiridos por las religiosas, de los cuales no dispusieren en el término señalado en el artículo anterior, pasarán por ministerio de la ley á las personas que en la misma estuvieren llamadas á obtenerlos, si las religiosas hubiesen fallecido sin testar y en la forma prevenida para tal caso en la legislacion comun.

(2) Este decreto dice así: Artículo único. Queda derogado en todas sus partes el decreto de 25 de Julio último, autorizando á las comunidades religiosas para adquirir y poseer bienes contra lo dispuesto en las leyes, y se restablece en su fuerza y vigor el art. 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, que concede individualmente á las monjas este derecho.

(1) Cap. IX *De testam.* Cap. *Episcopi*, 19, causa 12, quæst. 1. Cap. *Placuit*, 1.

derecho assi lo otorgamos et tenemos bien por que vala...»

Y en la ley siguiente añade: «muriendo algun Pelegrino o Romero sin testamento, o sin manda..., etc,», continúa explicando las precauciones que han de tomarse para la custodia y conservacion de los bienes que dejaren.

La ley 18, tít. XX, lib. X, Nov. Rec., señala tambien con bastante minuciosidad las facultades de los extranjeros y el valor de sus testamentos.

Por último, el Real Decreto de 17 de Octubre de 1851, del que en otro lugar nos ocupamos, dispone que «son válidos y causan ante los tribunales españoles los efectos que procedan en justicia, todos los contratos y demas actos públicos notariados en Francia y en cualquier otro país extranjero, siempre que concurran en ellos las circunstancias siguientes:

1.° Que el asunto materia del acto ó contrato, sea lícito y permitido por las leyes de España.

2.° Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo á las de su país.

3.° Que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el país donde se han verificado los actos ó contratos.

4.° Que cuando éstos contengan hipoteca de fincas radicantes en España, se haya tomado razon en los respectivos registros del pueblo donde estén situadas las fincas, dentro del término de tres meses si los contratos se hubieren celebrado en los Estados de Europa; de nueve si lo hubieran sido en los de América y Africa, y de un año si en los de Asia.

5.° Que en el país del otorgamiento se conceda igual eficacia y validez á los actos y contratos celebrados en territorio de los dominios españoles.

Estas reglas tienen aplicacion siempre que se trate de la validez de testamentos otorgados por los extranjeros.

Dos dudas principalmente nos ocurren á propósito de esta materia.

Al decir la ley «*contratos y demas actos públicos notariados...*» ¿quiere decir que el testamento otorgado en forma no notarial, admitido como válido en muchos países, no será válido en el nuestro? El testamento ológrafo, aceptado por los Códigos de Francia, Holanda, Luisiana, Vaud, etc., ¿será nulo ante los tribunales españoles?

En nuestro sentir, debieran tenerse por válidos en España todos los testamentos válidos en el país en que se otorgaron, bien lo hayan sido notarialmente ó de otro modo.

La segunda duda hace relacion al testamento otorgado por el extranjero en España. La ley de Partida dice: «*et como quier que ellos ordenaren e establescieren e mandaren fazer de sus cosas*», lo cual parece autorizarles á otorgar sus testamentos de la manera que estimen oportuno: ¿deberán por lo tanto ajustarse los extranjeros á las solemnidades establecidas por nuestras leyes para la validez de los testamentos?

En nuestro sentir, el principio general de *locus regit actum* tiene aplicacion en este caso, y no serán por lo mismo árbitros los extranjeros para testar en cualquier forma, áun cuando acepten las válidas en su país.

De todos modos, respecto de los testamentos otorgados por los extranjeros en España, nuestras leyes no son explícitas, ni contienen regla por la que podamos fijar determinadamente la forma de otorgarlos y lo que puede ser materia de su contenido.

En cuanto á la capacidad del testador, es indudable que han de tenerse en cuenta únicamente las leyes del país de donde aquél sea ciudadano.

En cuanto al derecho de sucesion, no se hallan de acuerdo los autores. Unos sostienen que la sucesion está sometida á la ley del domicilio del testador. Otros entienden que debe hallarse regida por la ley del lugar donde se hallen los bienes, ya sean muebles, ya inmuebles. Otros, por último (1), buscando un término medio entre ambas teorías, suponen que en cuanto á la sucesion de los bienes muebles, regirá la ley del domicilio del testador, y en cuanto á los inmuebles, el del lugar en que se hallan situados.

La cuestion no sólo es importante tratándose de testamentos de extranjeros, sinó áun de los mismos españoles cuando posean bienes en distintas provincias de las que gozan fueros especiales. Entendemos que en la práctica se observa el último de los sistemas, es decir, que respecto de los bienes inmuebles, el derecho hereditario se regula por la ley ó fuero de la provincia ó país en cuyo territorio radiquen, pero los muebles se sujetarán á la ley del domicilio.

Artículo 927.—Pueden adquirir por testamento todas las personas que la ley no declara incapaces ó indignas.

(1) *Fœlix*, lib. I, tít. II, *Estatuto Real*.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. III, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 902 Cód. Francia.—700 y 709 Cerdeña.

JURISPRUDENCIA

Segun la ley de Partida, puede ser nombrado heredero todo el que no tiene prohibicion por las leyes de serlo: y esta clase de prohibiciones por su misma índole no deben deducirse de las que establecen cuando esas leyes no la expresan (Sent. 19 Enero 1875).

Las leyes de Partida no expresan la prohibicion de ser nombrados herederos los no nacidos para cuando naciesen (Id. id.).

COMENTARIO

Sabemos ya quiénes pueden disponer de sus bienes por testamento: tócanos ahora ver quiénes pueden ser favorecidos por el testador, bien á título universal (herencia), bien á título singular (legado).

El principio general admitido por nuestras leyes es que todos pueden adquirir por testamento. Las incapacidades é indignidades forman la excepcion; por eso nos es más sencillo y claro enumerar quiénes son tenidos en uno ú otro concepto, entendiendo que todos los no exceptuados taxativamente son capaces de adquirir por testamento.

Así, dice la ley de Partida: «Establescido puede ser por eredero de otro, Emperador o Emperatrix o Rey o Reina. E otrosi la Cámara de cada vno dellos e la Eglesia de cada vn logar honrado, que fue fecho para seruicio de Dios e obras de piedad. Otrosi, Cibdad o Villa, o Concejo, o todo ome quier sea padre, quier sea fijo o Caualllero, e quier sea cuerdo o loco, o mudo, o ciego, o gastador de sus bienes Clerigo o lego, o Monje. *E breuemente dezimos que todo ome a quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, puede ser establescido por eredero de otri*».

Nos excusamos entrar en el exámen de los casos y personas que enumera la ley como capaces de ser herederos ó legatarios. La cláusula general con que termina la ley, resuelve toda clase de dudas que pudieran presentarse en esta materia.

Artículo 928.—Son incapaces de adquirir por testamento:

Primero. El hijo sacrílego respecto de los bienes de sus padres y sus parientes *(a)*.

Segundo. El hijo de incesto ó adulterio respecto de los bienes del padre *(b)*.

Tercero. El confesor, sus parientes, su iglesia, convento y religion, respecto de los bienes dejados en testamento otorgado durante la enfermedad de que murió el testador *(c)*.

ORÍGENES

(a) Ley 3.ª, tít. XXI, Partida 4.ª
Leyes 4.ª y 5.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.

(b) Ley 10, tít. XIII, Partida 6.ª
Ley 11, tít. V, lib. III, Fuero Real.
Ley 17, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

(c) Ley 15, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.
Real Cédula 30 Mayo 1830.

COMENTARIO

Las personas que no pueden adquirir por título herencia, universal ó singular, se pueden clasificar en esta forma:

1.º Incapaces para adquirir por testamento.

(a) Incapaces para ser herederos y legatarios.

(b) Incapaces para ser herederos pero pudiendo ser legatarios.

2.º Indignos para adquirir abintestato, pero que pueden adquirir por testamento.

3.º Indignos de adquirir por testamento y abintestato.

De cada una de estas excepciones nos ocuparemos en artículos separados.

En el artículo presente enumeramos quiénes son incapaces para ser nombrados herederos por testamento, ya como herederos ya como legatarios, y dicho se está que si no pueden adquirir por testamento, ménos aún por abintestato.

Los casos comprendidos en este artículo no suponen vicio en la persona incapaz, al contrario de lo que sucede con los indignos, como veremos oportunamente.

Hijos sacrílegos: Este es el primer caso del artículo. ¿Qué razon ha tenido la ley para señalar esta prohibicion? Hé aquí lo que dice el legislador: «Por no dar ocasion que las mujeres, así viudas como vírgenes, sean barraganas de clérigos, si sus hijos heredasen los bienes y de sus padres ó sus parientes por privilegió ó

cartas que tuvieren, ordenamos y mandamos que los tales hijos de clérigos non hayan ni heredon ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres clérigos ni de otros parientes de parte del padre, ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda o donacion o vendida que les sea hecha por los susodichos, agora ni de aquí adelante; y cualesquier privilegio ó cartas que tengan ganados o ganaren de aqui adelante en su ayuda contra lo que nos asi ordenamos, mandamos que les no valan, ni se puedan de ellas aprovechar ni ayudar, ca nos las revocamos y damos por ningunas».

Cuando dejó de permitirse el matrimonio de los clérigos, tomó el concubinato un desarrollo extraordinario.

Gregorio VII mismo no llegó á obtener grandes resultados en esta materia, toda vez que poco más tarde escribía Víctor III: «Esta pésima y execrable costumbre que había de que los presbíteros y clérigos se casasen ó que tuviesen concubinas en sus casas, pululaba extraordinariamente dentro de la misma Roma» (1).

En Suecia alegaban para retener y cohabitar con sus mujeres ó concubinas, un privilegio de cierto Pontífice (2), y en Nápoles eran tantos (en tiempo de la casa de Anjou) los que tenian concubinas, que hasta llegaron á sostener que ellas gozaban del fuero eclesiástico como pertenecientes á su familia (3).

En el siglo XIII, segun afirma Girardo de Gales, los canónigos manuenses y walnéficos tuvieron públicamente concubinas en los costados mismos de la Iglesia Catedral.

Tambien en España durante este tiempo los clérigos se casaban ó tenian concubinas, segun evidentemente se demuestra con la peticion que las Córtes de Soria del año 1380 hicieron al Rey D. Juan I, en la que se dice: «Que en algunas cibdades e villas e logares del nuestro reyno han cartas e privilegios que los fijos de los clerigos que hobieren en sus barraganas, que hereden sus bienes e de otros cualesquier sus parientes asi como si fuesen de legitimo matrimonio, et por esta razon que dan ocasion para que otras buenas mugeres asi viudas como virgenes, sean sus barraganas e hayan de facer pecado. Et que viene muy grand desservicio á Dios e a nos e muy grand escandalo e dapno a los pueblos do esto acaesce» (1). Más tarde las concubinas de los clérigos fueron condenadas á ser siervas de la Iglesia; esto dió por resultado que aumentara el escándalo, pues las redimieron dando dinero á los Reyes, como sucedió en Inglaterra en tiempo de Enrique I (año 1529).

Esta inmoralidad dió por resultado que se adoptaran medios más ó ménos á propósito para cortarla. Este es el orígen de nuestra ley.

En cuanto al precepto legal que ésta encierra, ha sido motivo para más de una discusion.

Pregúntase en primer lugar: los hijos sacrílegos (cuando el ordenado es el padre) ¿pueden herederar á la madre?

La generalidad de los autores entienden que la prohibicíon no se limita á los bienes del padre clérigo, sinó que comprende los de la madre soltera ó viuda. Algunos, sin embargo, impugnan dicha opinion.

Expondremos las razones de unos y otros, haciendo ántes constar que siendo indudablemente la opinion más autorizada la que se decide por la afirmativa y la aceptada en la práctica, no hemos tenido inconveniente en consignarla en el mismo artículo, donde preferimos de ordinario dejar íntegras estas cuestiones. La reconocida autoridad de los autores que la patrocinan la ha hecho triunfar en la práctica. A ella nos atenemos por consiguiente.

Antonio Gomez afirma que por la ley de Soria se prohibió al hijo sacrílego heredar á su padre, y por la ley 9.ª de Toro heredar á su madre.

La ley de Toro dispone que los hijos de dañado y punible ayuntamiento no puedan heredar á la madre ex-testamento ni abintestato, aunque sí consiente que puedan ser legatarios del quinto de los bienes; explica qué se entiende por dañado y punible ayuntamiento, y termina diciendo: *salvo si fueren los hijos de clerigos o flaires o freiles o de monjas profesas, que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor Rey don Juan el I en la ciudad de Soria, que fabla sobre la sucesion de los fijos de los clerigos.*

Llamas, participando de la misma opinion que Gomez, dice á este propósito que la ley

(1) *Cavalario. Drc. can.* t. III, cap. XXXIV, párr. 10.
(2) *Inocencio III*, lib. IV, ep. 1018.
(3) *Istoria civile del regno di Napoli.* lib. XIX, cap. V, n. 3.

(1) Peticion 8.ª—Ya ántes, en las Córtes de Valladolid de 1357 (Peticion 24), se hicieron á D. Pedro el Justiciero reclamaciones sobre el lujo y exceso de las barraganas de los clérigos *«que andaban muy suellamente, sin regla, trayendo paños de grandes contias con adobos de oro...»*

de Toro quiso que lo que en la ley de Soria se disponía acerca de la sucesion de los hijos de los clérigos respecto de sus padres, se entendiese tambien dispuesto acerca de la sucesion de las madres; y para que no quedase duda,—dice Llamas,—de que esta disposicion contenía una excepcion de lo que ántes había dicho, añade, «que aunque la madre de los hijos de quien había hecho mencion, no incurría en pena de muerte natural, se observase lo dispuesto en la ley de Soria, manifestando y declarando por estas palabras en lo que consistía la excepcion, que era en que las madres de estos hijos no incurrían en pena de muerte natural; y como ántes había dispuesto que sólo aquellos hijos fuesen excluídos de la herencia de sus madres cuando ellas, por la cópula ó ayuntamiento, incurrían en pena de muerte natural, fué consiguiente que la ley, para privar á los hijos de que iba hablando de la herencia de sus madres, se hiciese cargo y expresase, que aunque éstas no incurrían en pena de muerte natural, fuesen comprendidos sus hijos en la prohibicion de aspirar á su herencia, lo que manifestó usando de la palabra *aunque*, la que en el caso presente es adversativa y opuesta á lo que ántes se ha dicho, y equivale á no obstante, ó sin embargo, que son expresiones propias que denotan excepcion».

En idéntico sentido se expresa Escriche, quien afirma que la ley 9.ª de Toro estableció, como regla general, que los hijos legítimos de cualquier calidad que sean, naturales ó espúrios, sucedan en defecto de legítimos á sus madres por testamento y abintestato; y luégo exceptúa de esta regla: 1.º, á los hijos que fueren de *damnado y punible ayuntamiento*, por el cual la madre incurría en pena de muerte natural, esto es, á los hijos procedentes de adulterio de la mujer casada; 2.º, á los hijos de clérigos ó frailes ó monjas profesas, con respecto á los cuales manda que, aunque la madre no incurriera por el tal ayuntamiento en pena de muerte, se guarde lo contenido en la ley de Soria.

«Forzoso es reconocer,—añade,—una de dos cosas: ó que la ley de Toro supuso que por la del rey D. Juan en Soria se privaba á los hijos de los clérigos de la sucesion de sus madres, como tal vez se suponía entónces comunmente, ó que quiso que lo dispuesto en ella sobre la sucesion de los hijos de los clérigos en cuanto á los bienes de sus padres, se entendiese tambien dispuesto sobre la sucesion de los hijos de los clérigos, fraires, freiles, y monjas en cuanto á los bienes de sus madres; porque á no ser este el sentido de la ley, su disposicion sería vana é ilusoria».

El Sr. Gutierrez entiende que no es preciso acudir á la ley de Toro para que el hijo sacrílego no pueda heredar á la madre. Sería inútil,—dice,—cuanto se hubiese intentado por evitar el escándalo que la ley se proponía remediar, si fuese posible que los hijos de los clérigos, ya que no heredasen á los padres, heredaran á las madres; el remedio era incompleto si la prohibicion no era absoluta.

Tambien por la afirmativa se decide resueltamente el erudito Alvarez Posadilla en sus *Comentarios á las leyes de Toro*, pág. 75.

Por el contrario, Gregorio Lopez, comentando la ley de Partida que dice: «E aun les nasce a los fijos otro embargo, del yerro que fizo el padre ordenado de órdenes sagradas que casase con muger libre: ca non deben heredar los bienes del padre, como quier que puedan heredar los de la madre», entiende y afirma que esta ley no se halla corregida ni por la de Soria ni por la de Toro, porque esta última no ha dispuesto nada que no estuviera ya prevenido en la de Soria, y por consiguiente, que ni por Derecho civil ni por el real de Partidas ni por el Ordenamiento el hijo del clérigo ordenado *in sacris* está excluído de la sucesion de los bienes de su madre, salvo si ésta fuere casada, ó consanguínea del clérigo.

La ley de Toro, en lo cual convienen con Lopez muchos autores, no alteró la ley de Soria, se limitó á confirmarla: *«mandamos que se guarde el contenido de la ley que hizo el rey D. Juan en Soria...»* por consiguiente, no estando en ésta expresamente dispuesto que el hijo del clérigo no herede á la madre, no debe ampliarse su contenido, porque la ley es odiosa y deben limitarse sus efectos cuanto sea posible.

Algun otro de los pocos que siguen la opinion de Lopez, han dicho que no es necesario suponer, como lo hace Escriche, que la ley de Toro ó carece de sentido ó su disposicion es vana é ilusoria, á ménos que se entienda que por ella se hizo extensivo á la herencia de la madre lo que la ley había establecido únicamente respeto de la herencia del padre: ejemplos presentan nuestras leyes,—añaden,—en que se citan otras para confirmarlas sin modificacion de ninguna clase, ó para recordar un precepto de dudosa observancia; y acaso tambien se propusiera la ley de Toro ampliar la disposi-

cion en el sentido de que el hijo pudiera heredar á aquel que fuese verdaderamente sacrílego, es decir, el padre ó la madre si aquél ó ésta habían hecho voto de castidad, pero sin que la incapacidad se extendiera á los bienes de la madre no profesa.

Tambien pudieran alegarse en favor de la interpretacion de Gregorio Lopez, que la consideracion que expone Gutierrez no es de gran fuerza: el legislador no siempre aplica remedios completos, ántes por el contrario, los que aplica á la mayor parte de los males son incompletos, meros paliativos ú obstáculos que dificultan, pero que no imposibilitan la existencia del mal: véase, por ejemplo, lo que se ha hecho para evitar el incesto y el adulterio: ademas, ¿es cierto que sería completo el remedio siendo absoluta la prohibicion?

Otra consideracion de gran fuerza han podido alegar tambien en su apoyo los que entienden que la prohibicion de la ley de Soria no alcanza á los hijos en cuanto á los bienes de su madre: si se acepta que la ley de Soria comprende tanto la sucesion paterna como la materna, es preciso admitirla tan estrecha y limitada como la ley quiere, y por lo tanto, ni podrán los hijos heredar *ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda ó donacion ó vendida que les sea hecha por los susodichos*, ó lo que es igual, que ni áun podrán ser legatarios del quinto en el testamento de su madre, quedando por consiguiente en peor situacion que ningun otro hijo ilegítimo: ahora bien, al legislador no le ha sido más odiosa la union sacrílega que la incestuosa, nefaria y adulterina, y la prueba de ello es, que incurriendo la madre en pena de muerte natural por adulterio, no incurría en la misma pena por sacrilegio: ¿cómo, pues, ha de suponerse que la ley haya querido hacer de peor condicion al nacido de una union que la misma ley considera ménos criminal?

Ultimamente,—podría decirse,—no hay una sola clase de hijos que no pueda recibir el quinto de los bienes de su madre, áun cuando sea proveniente de la union que más contraría y repugna á la naturaleza: ¿ha de haber hecho la ley la única excepcion en perjuício de los hijos sacrílegos? De hacer alguna tan terrible, ¿no hubiera sido contra el nefario ó el adulterino?

Estas razones pesan sobre nosotros considerablemente. Más diremos, las encontramos atinadas y justas, pero no nos atreveríamos á invocarlas en los tribunales con esperanza de éxito. Nos atenemos, por consiguiente, á la opinion de Llamas rigurosamente seguida en la práctica.

Otra duda tambien se ha suscitado con respecto á este punto, es á saber: «sentado que el hijo sacrílego no puede heredar, ni ser legatario de los bienes de su madre, ¿podrá serlo de los parientes de ésta?»

Gregorio Lopez, en la glosa 5.ª de la ley 11, tít. XIII, Partida 6.ª, resuelve que si, fundándose para ello en que la ley de Toro sólo extendió la disposicion de la de Soria á la sucesion de las madres, y nada dijo respecto de los parientes de las mismas, y como ley correctoria no debe extenderse á más de lo que en ella se dice. Del mismo parecer son Avendaño y Acevedo. Llamas, por el contrario, sostiene que lo dispuesto por la ley de Soria acerca de la exclusion absoluta de los hijos de los clérigos de los bienes de sus padres y de sus parientes, quiso la ley de Toro que se entendiese dispuesto respecto de los mismos hijos acerca de los bienes de sus madres y de los parientes de la línea materna.

Alvarez Posadilla propone esta cuestion: ¿pueden los hijos sacrílegos recibir alimentos de su madre entre vivos y en testamento? Y resuelve que sí, porque los alimentos son de derecho natural y no pueden negarse jamas. ¿Mas podrá en concepto de alimentos dejar la madre al hijo sacrílego el quinto de sus bienes? A lo cual contesta que no siempre, porque el quinto puede ser superior á los alimentos necesarios, en cuyo caso solamente éstos y no aquél podrán percibirse por el hijo sacrílego.

Los autores han buscado y hallado el medio de burlar la ley que comentamos, á fin de que puedan los bienes de la madre y áun los del padre pasar al hijo sacrílego (1).

Hijos incestuosos y adulterinos. Estas dos incapacidades hacen relacion únicamente á la herencia paterna; en cuanto á la materna, se rigen, ó por la regla general, ó por la doctrina del artículo siguiente.

Nuestras leyes conservan aún la prohibicion relativa al hijo incestuoso que pugna, á lo ménos tan absoluta como se halla en la ley, con el Código penal, la costumbre y la jurisprudencia admitidas.

El incesto, por repugnante que sea, ha encontrado su sancion en el matrimonio, siempre que éste es posible, aunque sea con dispensa especial y extraordinaria. ¿No parece un contrasen-

(1) Véase Escriche, *Dicc. Jur.*, t. III, pág. 81.

tido que hoy no pueda heredar ni ser legatario el que mañana puede haber adquirido la condicion de legítimo con todos sus derechos? Entendemos que la ley debiera modificarse, á lo ménos cuando se trate de hijos que no fueren nefarios. En otro lugar hemos dicho nuestra opinion respecto á las reformas que pueden exigirse en esta materia, y el alcance y tendencia de las mismas.

En cuanto á los adulterinos, una ley del Fuero Real establecía, que «maguer que el hijo que no es de bendicion no debe eredar segun que manda la ley». Y en otra añade: *Defendemos que ninguno no pueda mandar de sus cosas a fijo que hiciese en adulterio ni en parienta, ni en muger de otri.* La ley de Partida confirmó esta doctrina diciendo: *Nascido seyendo alguno de fornicacion, o de incesto, o de adulterio: este atal non puede ser llamado fijo natural ni debe eredar ninguna cosa de los bienes de su padre: e si a tal fijo como este diesse el padre alguna cosa de lo suyo, los otros fijos legitimos que fueren de aquel padre mismo, pueden revocar la donacion o la manda. Fueras si el Rey le confirmasse la donacion o la manda por su privillejo. E si fijos legitimos non oviere puédenla revocar los hermanos del padre deste fijo atal, o su abuelo o su abuela. E si tales parientes non oviessen que la revocassen, o si los oviere fuessen tan negligentes que non quisiessen demandar fasta dos meses lo que fuesse dado atal fijo como este, estonce debe ser del Rey.*

Cuando se trata de hijos nacidos de adulterio, es preciso distinguir si son producto de la union de mujer casada y hombre soltero ó viudo, ó si son de hombre casado y mujer soltera ó viuda. En cada caso rigen preceptos diferentes en cuanto á la capacidad hereditaria de los hijos con respecto á los bienes de la madre.

En cuanto á los del padre, el principio es idéntico en uno y otro caso, esto es, que ni por testamenio ni abintestato es posible que participen de su herencia.

Con este motivo entran los autores á discutir el problema de si el hijo engendrado en adulterio puede convertirse en hijo natural, por acaecer su nacimiento despues de disuelto el vínculo matrimonial que impidió á los padres contraer matrimonio justamente y sin dispensacion.

Palacios Rubios, Velazquez Avendaño, Llamas de Molina y áun los Sres. Escriche y Gutierrez, entienden, que puesto que ley 11 de Toro solamente exige la capacidad matrimonial en uno de los dos tiempos (concepcion ó parto), el engendrado en el adulterio y nacido en la viudez es natural y adquiere los derechos hereditarios que veremos en el capítulo siguiente.

A pesar de la autoridad reconocida de los autores que en tal sentido interpretan la ley, hemos manifestado en otro lugar (1) nuestra opinion contraria.

Una cosa resulta de la ley con la cual no están conformes algunos autores. El hijo de hombre soltero y mujer casada no puede recibir de su padre legado ninguno; mas de su madre puede obtener el quinto: ¿no parece anormal que miéntras puede recibir una porcion de bienes del más criminal, no pueda recibir nada de lo que voluntariamente le deja su padre, ménos culpable?

En cuanto á la facultad de adquirir el hijo adulterino respecto de los bienes de la madre, es materia que examinaremos en el artículo siguiente.

El confesor, sus parientes, etc. La razon de esta incapacidad la da la misma ley. «Por el auto acordado, 3.°, tít. X, lib. V de la Nueva Recopilacion, se dispone lo siguiente: «La ambicion humana ha llegado á corromper áun lo más sagrado, pues muchos confesores, olvidados de su conciencia, con varias sugestiones inducen á los penitentes, y lo que es más, á los que estan en artículo de muerte, á que les dejen sus herencias con título de fideicomisos ó con el de distribuírlas en obras pías, ó aplicarlas á las iglesias y conventos de su instituto, fundar capellanías y otras disposiciones pías, de donde proviene que los legítimos herederos, la jurisdiccion real y derechos de la Real Hacienda queden defraudados; las conciencias de los que esto aconsejan y ejecutan bastantemente enredadas y, sobre todo, el daño es gravísimo y mucho mayor el escándalo, y aunque para ocurrir á todo convendria prohibir absolutamente á los escribanos hacer escrituras en que, directa ó indirectamente, resulten interesados los confesores, ó los que den arbitrio para disponer de los tales bienes en su favor ó en el de sus comunidades ó parientes, castigando con las penas de falsarios á los tales escribanos; dando por nulos los instrumentos, y que si de hecho contravinieren queden aplicados los bienes á los hospitales y colegios de huérfanos; por ahora, teniendo presente haberse propuesto

(1) En este mismo Código, art. 187, cap. III, tít. V, lib. I, pág. 181.

por los Fiscales, el remedio de este daño varias veces, particularmente en el año de 1622, y haberse estimado la materia por de algunas dificultades, atendida la inmunidad y libertad eclesiástica, para poner la mano regia en lo universal de tan graves daños sin el asenso ó concordato pontificio; no obstante, contrayendo la deuda á lo particular de algun género de mandas, comprende el Consejo que las que hacen los fieles á sus confesores, parientes, religiones y conventos en la enfermedad de que mueren, por la mayor parte no son libres ni con las calidades necesarias, ántes bien muy violentas y dispuestas con persuasiones y engaños, sin algun consuelo del enfermo, que la deja en perjuício de otros parientes suyos y de obras más pías; y así acordó, que no valgan las mandas que fueren hechas en la enfermedad de que uno muere á su confesor, sea clérigo ó religioso, ni á deudo de ellos, ni á su iglesia ó religion, para excusar los fraudes referidos; pues con esta moderada providencia no se restringe ni limita la piedad, porque al que le naciere de ella y de devocion, las podrá hacer en todo el discurso de su vida ó si mejorase de la enfermedad; y de esta suerte se asegura el consuelo del donante en aquel aprieto, y se evitarán las persuasiones, sugestiones y fraudes con que le turban y truecan la voluntad contra la afeccion dictada por la naturaleza en favor de la propia familia; y para conseguir este bien en universal beneficio de los vasallos, con seguridad en los medios de verle establecido y permanente, ya sea por Concordato ó asenso pontificio, ó estatuyéndole, se reservará su solicitud al tiempo en que S. M. mirase más bien dispuestas las cosas; y entre tanto el Consejo pondrá toda su aplicacion al remedio en los casos particulares de que tenga noticia, castigando á los escribanos que contravinieren á lo que por este auto se les manda, y celando siempre sobre las justicias, para que lo hagan guardar por los medios que están prevenidos en las leyes destos reynos». Pero habiendo notado el mismo Consejo, en los repetidos expedientes seguidos en él, «el olvido y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este auto acordado, dexando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en todo á su literal sentido, en grave daño y perjuício del Estado, de mi Real Hacienda y de los particulares interesados; con el fin de evitarlos en lo sucesivo, me consultó el mi Consejo lo preciso y conveniente que era tomar providencia, para que esta saludable ley se guardase en los tribunales; y conformándome con su dictámen se acordó expedir esta mi Cédula, por la qual, con el fin de evitar descuidos y extrañas interpretaciones en la observancia del citado auto acordado, mando á los tribunales y justicias que todos la cumplan segun su literal tenor, arreglándose á él en cualesquiera determinaciones que dieren sobre los casos de que trata, baxo las penas que contiene; imponiendo, como impongo, la de privacion de oficio á los escribanos que otorgaren cualesquier instrumentos en su contravencion, pues desde luégo declaro nulos los que se ejecutaren en contrario».

Con posterioridad, en 30 de Mayo de 1830, se dictó otra Real Cédula, que dice: «He tenido á bien mandar, que la prohibicion de mandas contenida en la ley 15, tít. XX, lib. X, de la Nov. Rec., se extienda á las de herencias dejadas á los confesores, sus parientes, religiones y conventos. Asimismo he venido en mandar se lleve á efecto y circule la soberana resolucion de mi augusto padre, en cuya conformidad, cuando los testadores dejen por herederas á sus almas, las de sus parientes, de otros cualesquiera, ó por vía de mandas ó legados, señalen algunos sufragios, ó de cualquiera modo manden hacerlos, no podrán encargarse éstos á los confesores en la última enfermedad ni á sus parientes, y si fuesen religiosos ni á sus religiones ni conventos; debiendo, en los casos que se contraviniese á esto, heredar lo así dejado los parientes que, segun derecho, sean herederos abintestato, y en su defecto será destinado todo á otras obras piadosas que señalarán las justicias, á quienes encargo velen sobre este asunto; é impongo privacion perpetua de oficio al escribano que autorice testamento ú otra última voluntad contra esta mi real disposicion».

En consecuencia, pues, de estos preceptos no ha quedado prohibido instituir por heredero el alma del testador ó sus parientes, como alguien ha pretendido, ni invertir los bienes en obras piadosas (Sents. 15 Marzo 1864 y 24 Diciembre 1866); lo que únicamente prohibe la ley es que el confesor sea legatario ó siquiera ejecutor de dichas obras pías. Esta ley no debe extenderse más que á los casos concretamente indicados en su contexto (Sents. 18 Junio 1864 y 24 Diciembre 1866).

Con esto quedan terminadas las *incapacidades* para adquirir por testamento y, por consiguiente, abistestato, puesto que aquella inca-

pacidad supone necesariamente ésta, porque si habiendo voluntad expresa del testador no pueden heredarle, ménos aún podrán hacerlo por tácita ó por designacion de la ley.

Por último, en cuanto á la incapacidad de que se hace cargo la ley 5.ª, tít. III, Partida 6.ª, ó sea respecto á la *muger que casasse ante de un año despues de la muerte de su marido*, entendemos que fué derogada por ley 4.ª, título II, lib. X, Nov. Rec., que permitió á las viudas contraer segundas nupcias en cualquier tiempo, y que no ha podido ser restablecida ni por el Código penal ni por la ley provisional del Matrimonio civil, que si establece el impedimento durante los 300 días siguientes á la disolucion del primer matrimonio, lo hace dispensable.

Artículo 929.—Lo prevenido en los números 1.º y 2.º del artículo anterior, es sin perjuício del derecho que las leyes confieren al hijo ilegítimo á ser alimentado (1).

Cuando el padre ó la madre deban alimentar á alguno de sus hijos ilegítimos, no podrán darles en vida y en muerte por el mismo concepto más del quinto de sus bienes.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIX, Partida 4.ª

Ley 6.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (10 de Toro).

COMENTARIO

En el art. 194 de esta obra hemos consignado el derecho que á ser alimentados tienen los hijos ilegítimos con arreglo á la ley de Partida citada. Al hablar aquí de ilegítimos, es evidente que no comprendemos bajo dicha denominacion á los naturales, pues respecto de ellos rigen preceptos diferentes, segun hemos tenido ocasion de hacer constar en diferentes ocasiones.

En el comentario al mismo art. 194 hemos hecho mencion de la duda suscitada por algunos comentaristas respecto de la obligacion del padre á prestar alimentos á los ilegítimos, y resolvíamos afirmativamente. La ley de Toro (10.ª) corrobora nuestra opinion. Dice ésta: «*Mandamos que en caso que el padre o la madre sean obligados a dar alimentos a alguno de sus hijos ilegitimos en su vida o al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su ánima. Y por causas de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegitimo. De la cual parte, despues que la obiere el tal hijo pueda en su vida o en su muerte hacer lo que quisiere o por bien tubiere. Pero si el tal hijo fuere natural y el padre no tuviere hijos o descendientes legitimos, mandamos que el padre le pudiera mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere aunque tenga ascendientes legitimos.*

Esta ley supone, por consiguiente, casos en que el padre, lo mismo que la madre, tienen obligacion de dar alimentos á sus hijos ilegítimos; por consiguiente, está fuera de duda el deber del padre, puesto en tela de juício por algunos comentadores.

Pero la ley contiene ademas otro precepto, que es el objeto principal de nuestro estudio presente, esto es, que por razon de alimentos no podrá legarse á los hijos ilegítimos más del quinto del caudal del testador. ¿Podrá legarse más, voluntariamente, por el padre ó la madre? Es indudable que en cuanto al padre no podrá dejar al hijo ilegítimo manda de mayor importancia, porque lo dispuesto en el artículo anterior lo prohibe de una manera terminante. Esto no obsta para que sea cierto lo que dijimos en el comentario del art. 194, esto es, que podrá legarse ó donarse mayor cantidad del quinto si éste no fuere suficiente como alimentos. Para demostrar que lo consignado en el artículo presente no contradice lo que dejamos expuesto en el 194, recordaremos que los alimentos son de dos clases, que los autores distinguen comunmente con las denominaciones de civiles y naturales; éstos que se refieren á las cosas indispensables para la conservacion de la vida, y aquéllos que abarcan todo lo demas necesario para la misma. Ahora bien; al decir que el quinto no sea suficiente, dábamos á entender que nos referíamos á los alimentos naturales, que en nuestro concepto pueden ser aumentados á mayor cantidad que el quinto, si éste no fuera lo bastante para atender á aquellas necesidades tan perentorias que sin satisfacerlas, no puede conservarse la vida. En este sentido afirmábamos, de acuerdo con Tello Fernandez, Molina, Covarrubias, Gomez, Matienzo, Lopez y Llamas, que los alimentos (naturales) son susceptibles de aumento cuando son insuficientes,

(1) Véase, art. 194, pág. 190.

sin que obste para ello lo dispuesto en la ley 10 de Toro, que evidentemente habla de alimentos civiles, y no de los naturales que no pueden ser limitados por ninguna ley. Así, pues, la doctrina sobre este punto puede resumirse en breves palabras: los alimentos civiles jamas podrán exceder del quinto: los alimentos naturales podrán pasar de dicho quinto, ya por exigencia del hijo, ya por voluntad del padre. Mas ¿hasta dónde se podrán aumentar los alimentos naturales? Desde luégo, es indudable que no existiendo hijos legítimos no habrá más límite que la necesidad, y que habiendo ascendientes, podrán llegar cuando ménos hasta el tercio de la herencia como afirmamos en el mismo art. 194; pero la duda nace cuando existen hijos legítimos ó ascendientes de la misma calidad. Habiendo hijos, Molina (1) entiende que no se podrán perjudicar sus porciones legítimas, fundándose en que tambien es de derecho natural alimentar al legítimo. Llamas, por el contrario (2), entiende que siendo los alimentos naturales indispensables para la conservacion de la vida, no pueden hallarse limitados por ninguna consideracion, y que declarar mayores alimentos al legítimo que al espúrio, es anular la obligacion de derecho natural que tiene el padre de dar alimentos necesarios para la vida de su hijo, á lo cual no alcanza la potestad de la ley civil.

En cuanto á la madre, en el artículo siguiente puede verse la doctrina de nuestras leyes en esta materia.

El quinto (de que habla la ley de Toro que comentamos) que se *debe* en caso de *necesidad*, ¿podrá dejarse *voluntariamente* cuando el hijo espúrio sea rico y no necesite por lo mismo cantidad alguna en concepto de alimentos? Ya hemos manifestado nuestra opinion, que unimos á la de los Sres. Lara de Córdoba, Gregorio Lopez, Escriche y Gutierrez, que, pudiendo dejarse á los extraños el quinto, no debe privarse de él al ilegítimo áun cuando le diéramos dicha consideracion, puesto que no siendo perjudicial á los herederos forzosos, sería preciso que una ley clara y terminante señalase la prohibicion que de otro modo no debe sobreentenderse.

En cuanto al hijo natural, en el capítulo VII de este mismo título exponemos hasta dónde alcanza, segun la ley, su derecho á ser alimentado, y cómo el padre puede instituirlo por heredero, áun cuando tenga ascendientes legítimos, siempre que no haya hijos que resulten perjudicados en sus legítimas.

(1) *De primogenitis*, lib. II, cap. XV, núm. 53.
(2) Leyes de Toro, 10, párr. 67 y siguientes.

Artículo 930.—Aun cuando no pueden ser herederos, podrán ser legatarios.

Primero. Los hijos ilegítimos de cualquier calidad que sean, respecto del quinto de los bienes de la madre si ésta tuviere hijos legítimos.

Segundo. Los hijos de dañado y punible ayuntamiento por parte de la madre, respecto del quinto de los bienes de ésta.

ORÍGENES

Leyes 5.ª y 6.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (9.ª y 10 de Toro).

COMENTARIO

Los comprendidos en este artículo son incapaces para ser herederos, pero pueden ser legatarios del quinto de los bienes de la persona de cuya sucesion se trate.

Toda la doctrina contenida en nuestro artículo está tomada de la ley 9.ª de Toro, que dispone que: «*Los hijos bastardos ó ilegítimos, de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres a testamento ni abintestato en caso que tengan sus madres hijo o hijos o descendientes legitimos; pero bien permitimos que les puedan en vida o en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su anima e no mas ni allende: y en caso que no tenga la muger hijos o descendientes legitimos, aunque tenga padre o madre o ascendientes legitimos mandamos que el fijo o fijos o descendientes que toviere, naturales o espurios, por su orden e grado les sean herederos legitimos a testamento e abintestato; salvo si los tales fijos fueren de dannado e punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar a sus madres a testamento ni abintestato. Pero bien permitimos que les puedan en vida o en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes e no mas de la que podian disponer por su anima: y de tal parte despues que la obieren puedan disponer en su vida o al tiempo de su muerte los dichos hijos ylegitimos como quisieren. Y queremos y mandamos que entonces se entienda e diga dannado e punible ayuntamiento cuando la madre por el*

tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural...»

Esta ley, puesta en relacion con la 10 de Toro, de que nos hemos ocupado en el artículo precedente, da por resultado:

1.° Que los hijos espúrios de cualquier clase y calidad que sean, no pueden ser herederos por testamento ni abintestato de sus madres cuando éstas tengan hijos legítimos, aunque sí podrán ser legatarios del quinto.

2.° Que no habiendo hijos legítimos, deberán los naturales y espúrios, por su órden y grado, ser instituídos herederos áun en perjuício de los ascendientes, y lo serán del mismo modo abintestato.

3.° Que de este último caso quedan exceptuados los hijos de dañado y punible ayuntamiento y los sacrílegos, á los cuales solamente podrá mandárseles el quinto.

4.° Que el quinto que correspende así á los espúrios como á los incestuosos, adulterinos y sacrílegos, se considerará como necesario si el hijo lo demandare en concepto de alimentos naturales ó civiles, y que áun cuando los alimentos no sean necesarios, podrá legárseles voluntariamente, sin que obste para ello el que los hijos sean ricos.

Resulta, por consiguiente, una incapacidad limitada y relativa en los hijos espúrios.

El hijo natural ó espúrio preterido ó desheredado sin causa, podrá reclamar la nulidad del testamento ó de la institucion de heredero por ser inoficiosos. En el cap. VII de este mismo título tendremos ocasion de ver los derechos de los hijos naturales y espúrios, tanto en la herencia paterna como materna.

Pero hemos dicho que de la regla general que fija y determina las facultades y derechos de los espúrios en la sucesion de la madre, se exceptúan los hijos de dañado y punible ayuntamiento: ahora bien, lo primero que se ocurre preguntar ¿qué hijos son estos? La misma ley lo dice: los nacidos de tal ayuntamiento por el que incurrían las madres en pena de muerte natural.

El hijo incestuoso ¿es de dañado y punible ayuntamiento? La ley de Partidas (3.ª, tít. XVIII, Partida 7.ª), tratando de la pena que deben sufrir los que cometen el delito de incesto, dispone que probado que sea legítimamente el delito, debe imponerse al hombre la pena de adulterio (que respecto del hombre es la capital á tenor de la ley 15, tít. XVII, Partida 7.ª), y que la misma pena *debe haber la muger que a sabiendas ficiere este pecado.* Ocupándose de esta cuestion, dice Llamas que de dichas palabras parece inferirse que tambien la mujer ha de sufrir la pena capital; pero si se hace reflexion,—añade,—á que la ley 15 castiga el adulterio de la mujer con pena de azotes y reclusion en un monasterio, lo que está muy distante de la pena capital, fácilmente se comprenderá que el haber dicho la ley 3.ª que la mujer incurra en la misma pena de adulterio, no fué para igualarla á la pena de adulterio que se imponía al hombre, sinó á la que por la expresada ley 15 se imponía á la mujer, como si dijera que á la mujer incestuosa se impusiera la misma pena que se imponía á la adúltera, lo que se hace áun más verosímil y probable si se reflexiona que cuando al incestuoso se le impone la pena de adulterio, se entiende que ha de ser la misma que sufre el adúltero y no la adúltera: y si no dígase: ¿qué razon puede haber para que la pena de adulterio en que incurre la incestuosa sea la mismo que se impone al adúltero, y la pena de adulterio en que incurre el incestuoso no haya de ser la misma que se impone á la adúltera? Supuesto, pues, que por el incesto no incurría la madre en pena de muerte natural, se ha de decir, con arreglo á nuestra ley, que el hijo concebido de incesto no está excluído de suceder á su madre ex-testamento y abintestato, y que en uno y otro caso es su heredero á falta de legítimos descendientes. La misma opinion de Llamas sostienen Gregorio Lopez y Antonio Gomez.

¿Será hijo de punible ayuntamiento el adulterino? Con arreglo á la ley de Partida no, puesto que como ya hemos dicho, la pena de la adúltera era la de azotes y reclusion; pero Gregorio Lopez presentó la duda en vista de la ley 1.ª, tít. VII, lib. IV, del Fuero Real, por la que se ordena que la mujer casada que comete adulterio sea puesta con el adúltero en poder del marido para que haga de ellos lo que quiera, con tal que no pueda matar al uno y dejar al otro, y de la 1.ª, tít. XXI del Ordenamiento de Alcalá, por la que se concedía al marido la facultad de matar á los adúlteros cogidos *infraganti*.

Llamas, haciéndose cargo de esta opinion y de lo dispuesto en la ley 82 de Toro, que implícitamente reconoce la pena capital para el delito de adulterio cometido por la mujer, entiende, de acuerdo con Gomez y Tello Fernandez, que aquellos hijos (los adulterinos), son de los provenientes de dañado y punible ayuntamiento,

bien que poco despues reconoce que esto no es exacto más que cuando la madre estaba casada, y por consiguiente, que el hijo de mujer soltera y hombre casado puede suceder á su madre ex-testamento y abintestato.

Por último, expresa el mismo autor que es tambien de dañado y punible ayuntamiento el engendrado por algun sirviente de la casa en barragana del señor, en doncella que tenga en su casa, en cobijera de la señora, en parienta del señor que viva con él, ó en el ama que diere leche á su hijo ó hija; en todos los cuales casos incurre la mujer en pena de muerte, segun la ley 2.ª, tít. XXI, del Ordenamiento de Alcalá, cuya ley se halla inserta en la 6.ª, tít. XX, libro VIII de la Recopilacion, hallándose en el mismo caso los engendrados de judío ó moro y cristiana casada, segun la ley 9.ª, tít. XXIV y la última, tít. XV, Partida 7.ª

En cuanto á los hijos de sacrilegio, en el artículo anterior hemos indicado las cuestiones que nacían de esta ley.

Artículo 931.—Las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designacion de personas, aprovechan sólo á los acogidos en los establecimientos de beneficencia del pueblo que hubiere designado el testador, ó del lugar en que se otorgó el testamento en otro caso.

ORÍGENES

Ley 20, tít. III, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 925 Cód. Holanda.—Ley 49, tít. III, lib. I, Código.

COMENTARIO

El precepto emanado de esta ley no ofrece grandes dificultades. Los asilados y los que se hallan en los hospitales, y de entre unos y otros aquellos que se hallan en ciertas condiciones, como los cojos, ciegos, incurables y huérfanos, son preferidos en esta especie de institucion. El principal objeto de la ley es afirmar la validez del nombramiento; así es que dice: «Diziendo el testador: establezco por mis herederos a los pobres de tal cibdad o de tal villa: o mando por mi anima que sean dados todos mis bienes a pobres: porque dubdaria algunos, en quales pobres deuen ser departidos los bienes del que fiziesse su testamento en esta manera queremos lo departir e mostrar. E dezimos, que los deuen auer e dar a aquellos que fuessen fallados en aquellos hospitales de aquella cibdad o villa que el testador mando, e señaladamente a aquellos que por algunas enfermedades en que yazen, non pueden salir de los hospitales a pedir de que biuan; assi como contrahechos, o coxos o los ciegos, o los niños desamparados que crian en ellos, o los muy viejos, o los que ouiessen otras enfermedades atales, porque non podiessen andar nin salir de los hospitales: porque estos lo han mas menester que los otros que pueden andar a pedir onde biuan. E si por auentura el testador non señalasse los pobres, de qual cibdad o de qual villa son, deuen ser departidos entre los pobres de aquel lugar do ficiesse el testamento».

Las palabras acogidos en los establecimientos de beneficencia que usamos en el artículo, interpretan, á nuestro entender, con fidelidad el pensamiento del legislador, que es indudablemente preferir los que se hallen asilados de una manera, por decirlo así, permanente, á los que áun titulándose pobres andan mendigando ó están acogidos en la forma transitoria en que son admitidos los que se hallan en las casas-refugios y otras de este órden.

Artículo 932.—Se conceptúa indigno de adquirir por testamento y abintestato:

Primero. El que hubiere sido condenado como autor ó cómplice de la muerte de la persona de cuya sucesion se trate (*a*).

Segundo. El varon mayor de edad que, sabiendo quién fué el asesino de la persona de cuya herencia se trate, no le persigue en juicio ántes de abrir el testamento ó de entrar á poseer los bienes si el matador fuere pariente del difunto, ó en los cinco años siguientes en otro caso, salvo lo dispuesto en los arts 242 y 244 de la compilacion de Enjuiciamiento criminal (*b*).

Tercero. El que hubiere tenido comercio ilícito con la mujer del que le instituyó heredero (*c*).

Cuarto. El que con violencia ó intimidacion impidiere á otro otorgar testamento con la esperanza de heredar abintestato, ó de idéntica manera estorbare la revocacion del testamento en que fué instituído. Esta indignidad alcanza al que por los mismos

medios obligare á otro á otorgar testamento contra su voluntad *(d)*.

ORÍGENES

(a) Ley 4.ª, tít. IX, lib. III, Fuero Real. Ley 13, tít. VII, Partida 6.ª
(b) Leyes 13 y 15, tít. VII, Partida 6.ª Ley 5.ª, tít. IX, lib. III, Fuero Real. Ley 11, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.
(c) Ley 13, tít. VII, Partida 6.ª
(d) Leyes 26 y 27, tít. I, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 727 Cód. Francia.—725 Italia.—1782 Portugal.—958 Luisiana.—885 Holanda.—540 Austria.—514 Vaud.—327 y 331 Tesino.—590 Valais.—Ley 3.ª, tít. IX, lib. XXXIV, Digesto.—Párr. 1.º y 22, tít. II, lib. V, Digesto.

COMENTARIO

Hemos dicho que los excluídos de la herencia unos lo eran por incapacidad y otros por indignidad, y que el carácter distintivo de ésta es la existencia de un vicio, la comision de un delito ó la ejecucion de un acto que supone siempre falta de moralidad en el indigno.

Si alguno que no hoviere herederos derechos,—dice el Fuero Real,—*ficiere su manda é en ella heredero partiere a otro cualquier, si aquel que fizo heredero lo matase despues o fuere en su muerte o si lo matare otro y no demandare su muerte, no herede en lo suyo... y esto mismo sea en los fijos o nietos...*

El homicida, pues, ó el cómplice del homicidio cometido en la persona del testador, priva al instituído de los derechos que se le conferían en el testamento, ó los que por ministerio de la ley le correspondieran en la sucesion intestada del muerto. La razon de la ley es obvia.

Cuando el señor de los bienes fue muerto por obra o consejo de algunos de su compañia si el heredero, sabiendo esto entrasse en la heredad ante que ficiesse querella al juez. Mas si al testador ouiesen muerto otros estraños que non fuessen de su compañia podia su heredero entrar en la herencia, e despues fazer querella de la muerte del, fasta cinco años. E si fasta este tiempo non la ficiere débela perder e débegela tomar el Rey, como a ome que la non meresce... dicen las Partidas, y añade la Nov. Rec.: «*Si algun hombre fuese muerto a traicion o a tuerto y sus herederos quisieren heredar sus bienes por herencia y los resciben, y la muerte non querellan dentro de cinco años... pierden la herencia del finado para la nuestra Cámara; y esto se entiende en aquellos que han edad cumplida y son varones, y si fuere sabido quien fue el matador y que sea en la tierra, y que sea poderoso para demandar la muerte*». Esta obligacion cesa cuando el homicida sea pariente del heredero en el grado que se marca en los arts. 242 y 243 de la compilacion general de Enjuiciamiento, pues están exceptuados de acusarle. En sentir de los autores, tambien cesa esta obligacion del heredero: 1.º, cuando otro hubiere formulado acusacion ántes que él ó se procediese de oficio á la persecucion del delito; y 2.º, si el muerto hubiere perdonado á su asesino.

La ley 15 citada de Partida dice ademas: «Venganza es tenudo de demandar el heredero de la muerte del testador... pero cosas y ha en que non pierden la heredad si no lo faze. Si el heredero querellasse la muerte e el juez non quisiesse llegar la querella a derecho. Si acusasse a aquellos quo sospechasse que le habian muerto e diessen la sentencia contra el heredero, absolviendo á los acusados. Ca maguer non se alzase del juicio non perderia la heredad. Si el heredero es menor de veinticinco años: o si los que ouiessen muerto al testador non pudiessen ser fallados para hacer justicia».

Dentro del párr. 3.º de nuestro artículo está oomprendido este caso de la ley de Partida: «Cuando el heredero abre el testamento del que lo establescio, ante que ficiesse la acusacion, seyendo sabidor de los matadores. Pero si non lo sopiere o fuere aldeano necio, non perderia la herencia». En sentir de algunos, la sola apertura del testamento, cuando no era acompañada de la adicion de la herencia, no es causa de indignidad.

Otra causa de indignidad expresa la ley en estos términos: *cuando el heredero yoguiesse con la muger de aquel que le establecio por heredero.*

¿Será preciso que sobre este punto haya recaído sentencia firme condenatoria en causa sobre adulterio? ¿Bastará presentar la prueba del ayuntamiento carnal, en el juicio que promuevan los que intenten la declaracion de indignidad?

El comercio ilícito para que sea causa de indignidad, ¿ha de ser anterior á la muerte del testador? ¿Surtirá el mismo efecto siendo posterior á dicho fallecimiento? ¿Qué efecto produ-

cirá la remision tácita de la ofensa, si el marido conociese al cómplice de su mujer?

¿Será causa de indignidad por analogía, como pretende Lopez, la union carnal con la hija ó nuera del difunto?

En cuanto á la cuarta y última de las causas de indignidad comprendidas en este artículo, hé aquí en qué términos se expresa la ley 26, tít. I, Partida 6.ª: «Malamente yerran algunos omes embargando a las vegadas a otros que non puedan facer testamento. E por ende es guisado que non finquen sin pena aquellos que lo fizieren. Onde dezimos que cualquier que tal embargo fiziere a otro que debe perder el derecho que debe aver en los bienes de aquel que destorvó, en cual manera quier que los debiere aver. E aquello que perdiere por esta razon debe ser de la Camara del Rey. E esta pena debe aver por el gran yerro que fizo a Dios e por el atrevimiento, e el tuerto que faze al señor de la tierra e al alma del finado e a todos los otros omes en dar mal ejemplo de si». Y la ley 27 del mismo título y Partida añade: «Vanas e malas razones mueven a los omes a las vegadas a embargar a otros que non fagan sus testamentos. Ca algunos y a dellos que fazen esto, por que los hayan establecido sus herederos en sus testamentos, e veyendo que quieren fazer otro testamento embargan que lo non fagan nin cambien aquel que auian ya fecho. Otros y a que son tan propincos que atiendan de heredar los bienes de sus parientes, si acaesciese que mueran sin manda; e por ende embarganlos que non lo puedan fazer. Otros y a que maguer consientan que faga testamento con todo eso quieren que lo ordene a guisa e a su plazer. Este embargo fazen en muchas maneras, asi como faziendo a aquellos mismos que quieren fazer testamento, de guisa que los non puedan fazer. E otros y a que amenazan los escribanos e a los testigos con quien los han de fazer en manera que non osan venir a aquel que quiere fazer su testamento de lo suyo. E mandamos que cualquier que embargase a otro en alguna destas maneras sobredichas o en otra semejante dellas, sil fuere probado, que pierda el derecho que podia aver en los bienes de aquel a quien fizo este embargo, en cual manera quier. Empero si fuerza nin premia non fiziesse, mas rogandole por buenas palabras, lo adujesse a que no fiziesse testamento; estonce non perderia lo que deuia aver o heredar de los bienes del, maguer el otro por su dicho, o por sus palabras se dejase de fazer el testamento, o de cambiar el que antes avia fecho. E otrosi dezimos que si los fijos embargaren al padre que non faga su testamento que non puedan despues heredar en los bienes del padre maguer muera sin manda. Mas si fuessen dos fijos o mas, e el uno dellos embargasse que non fiziesse el testamento, non los otros; aquellos que lo non embargasen deben aver cada uno su parte, e la parte de aquel que lo embargó debe ser del Rey. Eso mismo seria si el padre embargase al hijo que non fiziesse su testamento de las cosas que lo pudiese fazer».

Despues de la claridad de la ley, solamente hemos de añadir que las palabras *violencia* ó *intimidacion* que empleamos en el artículo, nos parecen las más adecuadas para expresar lo que el legislador ha querido, siempre que con ellas no entendamos solamente la *fuerza*, *amenaza* ó *premia* que se ejerza sobre el testador, sinó toda la que tenga idéntico objeto áun cuando se dirija, como dice la ley, contra el escribano ó los testigos.

Respecto á la aclaracion que hace la ley de que tambien los padres y los hijos sufrirán la misma pena que los extraños, la generalidad con que hemos redactado el artículo, hace innecesaria y redundante aquella repeticion.

Y por último, en cuanto á que en los casos expresados por la ley pasen los bienes á la cámara del Rey, entendemos que este principio no tiene hoy aplicacion, debiendo, por consecuencia, considerarse como nulos aquellos testamentos, y en su virtud obrar con arreglo á lo que disponen los demas textos legales.

Artículo 933.—Se conceptúa indigno de adquirir por testamento:

Primero. Las corporaciones y asociaciones no permitidas por las leyes (*a*).

Segundo. El que persiguiese como falso el testamento, si despues no se prueba la falsedad, áun cuando hubiese obrado en concepto de procurador ó abogado.

No obstante lo dispuesto en este párrafo, no se hará indigno el que impugnare el testamento en favor de un huérfano de quien fuere tutor ó curador (*b*).

Tercero. El que por encargo del testador hace entrega de la herencia á persona incapaz ó indigna para heredar (*c*)

Cuarto. El que sustrajere el testamento en que se le dejare manda ó legado (*d*).

Quinto. El albacea que fuere removido

por sospechoso, á no ser hijo del testador *(e)*.

ORÍGENES

(a) Ley 4.ª, tít. III, Partida 6.ª
(b) Ley 13, tít. VII, Partida 6.ª
(c) La misma ley.
Ley 11, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.
(d) Ley 17, tít. VII, Partida 6.ª
(e) Ley 8.ª, tít. X, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

(Véanse las del artículo anterior.)

COMENTARIO

En cuanto á la primera causa de indignidad, dice la ley: *Otrosí non puede ser establescida por heredera ninguna cofradía nin ayuntamiento que fuesse fecho contra derecho o contra voluntad del Rey o del príncipe de la tierra*, esto es, porque las corporaciones ilícitas, careciendo de personalidad, no pueden adquirir.

Otra causa de indignidad es la siguiente: *Si el heredero acusase el testamento diziendo que era falso, siguiendo esta acusacion fasta que diessen juicio sobre ella. Ca si fuesse fallado el testamento por verdadero perderia la herencia. Esso mismo seria si el heredero fuesse personero o abogado, para seguir tal cuestion contra el testamento en que fuesse establescido. Fueras si lo fiziesse por pro o por mandado del Rey, o si fuesse guardador de algun huerfano e razonasse contra el testamento en pro del.* Y el Fuero Real añade: *Otrosí mandamos que quien quier que sea heredero derecho por manda de otri..... si dijere que aquella manda es falsa en que es heredero, que no haya en ella nada, e finque todo al Rey cuanto el debia haber.*

La tercera causa de indignidad de este artículo, la expresa la ley en esta forma: «*Cuando el testador rogasse al heredero en poridad, que diesse la heredad, en que le establesciesse a algun fijo u otro que lo non podia heredar porque le era defendido por la ley. Ca si el heredero cumpliesse tal ruego o mandamiento perderia por ende el derecho que habia en la heredad*».

No quiere la ley que aquellos que se consideran incapaces ó indignos puedan directa ni indirectamente, ni de una manera evidente ó encubierta percibir cantidad alguna por el testamento. El que nombrado heredero ó legatario cumple con un encargo del testador que de tal manera es contrario á las leyes, merece en castigo verse privado de lo que pudiera muy bien ser premio de su servicio para vulnerar la ley.

La sétima causa de indignidad de nuestro artículo se halla en la ley de Partida que dice: *Si algun ome furtasse el testamento en que le ouieren fecho alguna manda, la pierde por esta razon e debe ser de los herederos del testador e non del Rey.*

El albacea ó testamentario que maliciosamente ó por descuido deja de cumplir los encargos del testador, y no satisface en el modo y forma que aquél dispuso las mandas y legados, podrá ser removido por sospechoso, cuya remocion lleva consigo la pérdida de la manda que el testador le hubiere dejado. En el lugar correspondiente explicamos el tiempo y forma de cumplir su encargo y de qué manera pueden ser removidos del albaceadgo.

Artículo 934.—El hijo ó descendiente mayor de diez y ocho años que abandona á su padre loco ó demente despues de haber sido amonestado por la persona que lo recogió, se conceptúa indigno de sucederle abintestato ó por virtud del testamento anterior á la enfermedad.

Lo mismo se observará respecto de la herencia del pariente á quien, pudiendo, no se redime del cautiverio, sin que obste la circunstancia de no haber sido autorizado por el cautivo para gravar ó enajenar sus bienes con destino á la redencion.

ORÍGENES

Leyes 5.ª, 6.ª y 11, tít. VII, Partida 6.ª

COMENTARIO

El hijo que abandona á su padre en el estado de locura ó cautividad, comete una grave falta. Por ella pierde el derecho á sucederle si falleciere intestado con testamento anterior á la locura ó demencia. El perdon del padre á que equivale el testamento en que le instituye heredero borra la causa de indignidad.

Hé aquí lo que la ley dice: Otrosí seyendo algun ome furioso o loco, de manera que andoviesse desmemoriado e sin recabdo: si los fijos ó descendientes non le guardassen o non pensasen del en las cosas que fuere menester: si otro extraño se moviesse por piedad... e le llevase a su casa, e pensasse del: si despues desto

rogase e afrontase á los que descendiessen del furioso que pensassen de su pariente: si ellos non lo quissieren fazer e el furioso muriesse sin testamento, este que lo llevó a su casa debe aver todos sus bienes; e los parientes que lo desampararon non deben aver ninguna cosa. E si el furioso tornase en su memoria, podria desheredar por ésta razon a aquellos que lo debian heredar por derecho, si non errasen contra él. E si el desmemoriado oviesse fecho testamento ante que cayere en locura e oviese establescido por herederos a sus fijos ó algunos de los que descendieren del por liña derecha; si el furioso muriesse despues en casa del estraño, non vale el testamento cuanto en el establescimiento de herederos. Ca non deben aver ellos la heredad, mas aquel estraño en cuyo poder murió. Mas bien valdria el testamento en las otras mandas que oviesse fecho en él».

La ley 6.ª añade lo mismo para el caso de que el padre cayere en cautiverio y el hijo no hiciere nada por redimirlo, y dice: «Mas si por auentura muriesse en poder de los enemigos, aquellos que lo deuian heredar que fueron negligentes en sacarle de catiuo, non deuen heredar ninguna cosa de los bienes... E lo que diximos en esta ley de los fijos entiendase tambien de los otros parientes que auian debdo de parentesco con el catiuo. Otrosi dezimos que si alguno ante que cayesse en catiuidad ouiesse fecho testamento en que ouiesse establescido algunos por sus herederos; si muriesse en poder de los enemigos, non lo queriendo ellos redimir, non valdria el testamento quanto en el establescimiento de los herederos, mas valdrá en las otras cosas segund diximos en la ley ante desta que fabla del furioso. E la pena que diximos en esta ley, e en la que fabla del furioso, deuen aver tan solamente los parientes e los herederos que son mayores de diez y ocho años e non los otros que fuessen menores desta edad, maguer errassen assi como sobredicho es. E non se pueden ende excusar los herederos sobredichos, maguer digan que non recibieron mandado de los catiuos para vender o obligar sus cosas, por razon de quitallos. Ca sin su mandado las podrian ellos vender e obligar tambien como las sus cosas proprias; assi como dize en el titulo de Catiuos en las leyes que fablan en esta razon».

Artículo 935.—Lo dispuesto en los artículos precedentes es aplicable igualmente á los herederos que á los legatarios.

ORÍGENES

Ley 13, tít. VII, Partida 6.ª

COMENTARIO

No hemos hecho en los artículos precedentes distincion alguna entre herederos y legatarios: hemos hablado en general de la capacidad para *adquirir* por testamento y de las personas que se conceptúan inhábiles ó indignas de ser favorecidas por los testadores. Ahora debemos añadir para mayor claridad, lo mismo que consigna la ley de Partida: *e por estas mismas razones quel heredero debe perder la herencia, por essas mismas perderian las mandas aquellos a quien fuessen fechas.* La razon de esta igualdad no necesita explicacion. El acto inmoral ó indigno que priva al hombre de la facultad de ser heredero, no cambia de naturaleza porque la institucion sea singular en vez de ser universal. Existiendo la misma razon de derecho, el precepto no podía ménos de ser igual.

Artículo 936.—Para calificar la incapacidad ó indignidad se atenderá solamente al tiempo de la muerte de aquel á quien haya de heredarse, si se trata de descendientes ó de legatarios.

Si los nombrados herederos fueren extraños se atenderá ademas al tiempo en que fueron instituídos y al en que aceptaron la herencia.

ORÍGENES

Ley 22, tít. III, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 1.ª, tít. VII, lib. XXXIV, Digesto.—Leyes 29, 201 y 210, tít. XVII, lib. IV, Digesto.—Párr. 4.º, tít. XIX, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Segun lo dispuesto en la ley 22, tít. III, Partida 6.ª, las tres épocas en que los herederos extraños han de tener capacidad para adquirir las herencias, son la del otorgamiento de los testamentos, la de la muerte de los testadores y la en que los sustituidos se otorguen por herederos (Sent. 28 Diciembre 1861).

Aun en la hipótesis de que la tercera época ó

temporal de que habla la ley de Partida, sea la en que se entra en la posesion material de la herencia, no puede decirse que los Establecimientos de Beneficencia estén incapacitados para adquirir bienes raíces con posterioridad al año 1858, porque por la ley de 1.º de Mayo de dicho año se faculta á dichos establecimientos para tales adquisiciones, aunque á condicion de convertirlos en efectos públicos (Sentencia 28 Diciembre 1861).

No tiene aplicacion la ley 22, tít. III, Partida 6.ª, que habla de los tres tiempos en que el heredero ha de tener capacidad para adquirir la herencia, cuando no se trata de herederos sinó de legatarios, los cuales se gobiernan sobre el particular por otra ley diversa que únicamente exige la capacidad al tiempo de la muerte del testador (Sent. 11 Diciembre 1865).

Instituido heredero un hijo natural del testador, no debe exigírsele la capacidad de adquirir en las tres épocas que requiere la ley para que tenga efecto la sucesion de los extraños (Sent. 22 Marzo 1869).

Cuando la institucion de herederos se hace condicionalmente y para cuando haya llegado el caso de que el nombrado sea capaz, no tiene aplicacion la ley 22, tít. III, Partida 6.ª, ni su doctrina en cuanto á los tres *temporales* en que requiere capacidad para los extraños impuestos por heredero de otro, sinó que basta que la tengan en el último, ó sea cuando se otorgan por herederos (Sent. 19 Enero 1875).

COMENTARIO

Tratándose de herederos que sean hijos ó descendientes del testador rige un principio distinto de cuando el instituído fuere un extraño. Tambien es diversa la regla que se aplica al caso de la sucesion á título de heredero y por título del legado.

Hé aquí las palabras de la ley: *Los herederos que dizen suyos (1) assi como los que descienden del testador, maguer a la sazon que los establesciessen fuessen atales, que non pudiessen ser puestos por herederos de otri si al tiempo quel padre o el auuelo muriessen, non ouiessen este embargo podrian auer la herencia dellos. Mas los otros herederos a que llaman necesarios, deuen ser atales, en el tiempo que los señores, por herederos e a la sazon de la muerte de los testadores, que non hayan algunos de los embargos que dizen en las leyes deste nuestro libro, porque non puedan ser herederos. Pero los herederos que son dichos extraños, ha menester que sean de tal condicion, que non puedan ser embargados por razon de sus personas, en tres temporales. El primero es quando los establescen por herederos. El segundo quando mueren los testadores. El tercero quando se otorgan por herederos. Ca si en qualquier destos temporales ouiessen alguno de los embargos porque non puedan los omes ser herederos, perderian por ende la erencia: e auerlo y han los otros que fuessen establescidos en su lugar dellos...*

En cuanto al legatario, áun cuando sea extraño, bastará que tenga capacidad en la época en que falleciere el testador.

Una duda nace de la ley que comentamos. Tratándose de herederos *suyos*, *assi como los que descienden del testador*, se atenderá únicamente al tiempo de la muerte de éste; si fuesen extraños se atenderá á los tres temporales; pero ¿y si el instituído fuere un ascendiente del testador? La ley no prevé este caso, puesto que habla de descendientes y extraños, denominaciones que no necesitan explicacion, y ademas de *suyos*, que, segun otra ley de Partida, «son llamados aquellos que son fijos o nietos o visnietos del fazedor del testamento, si fueren en poder del a la sazon que los fizieren herederos». De manera que no estando los padres y abuelos comprendidos en la categoría de suyos ni en la de descendientes, parece que se deberán considerar como extraños, y en tal concepto exigírseles capacidad para adquirir por testamento, en los tres temporales o épocas designadas por la ley.

En cuanto á las instituciones condicionales, se observarán las mismas reglas, salvo si la condicion fuere que el incapaz instituido se entienda para cuando sea capaz, en cuyo caso no tiene aplicacion el precepto legal, segun declaracion del Tribunal Supremo, que puede verse en el lugar correspondiente.

Por último, no nos ocupamos en este lugar de la institucion ni del derecho de acrecer de que se ocupan las últimas palabras de la ley, porque en otros lugares nos ocupamos de ambas materias con la extension precisa.

Artículo 937.—La indignidad ó incapacidad relativas á una persona, no se extiende

(1) La clasificacion de herederos suyos, necesarios y extraños, carece hoy de aplicacion. En su lugar se ha aceptado la de forzosos y voluntarios; pero en muy diverso sentido.

á las demas que tengan participacion en la herencia.

ORÍGENES

Ley 16, tít. VII, Partida 6.ª
Ley 4.ª, tít. IX, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

La incapacidad y la indignidad son circunstancias personalísimas, y que, por lo mismo, no pueden perjudicar más que al instituído en quien existan: «la desconoscencia del heredero en no querer vengar la muerte de aquel á quien hereda, *non debe empescer a los otros que non auian culpa...»* El mismo precepto se desprende de todas las leyes que hablan de esta materia, que, por otra parte, no puede ser más conforme con la justicia. Por otra parte, considerada la indignidad ó incapacidad del nombrado heredero como un caso en que se anula la institucion, debe seguirse el principio general aplicable á tales casos, y por consiguiente, considerar como válido lo demas del testamento, verificándose el derecho de acrecer en los casos en que pueda tener lugar, con arreglo á otras leyes, ó llamando á aquellos á quienes corresponde la herencia por ministerio de la ley, á tenor de lo establecido en la ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

CAPÍTULO VI

DE LA INSTITUCION Y SUSTITUCION DE HEREDERO

SECCION PRIMERA

DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

Artículo 938.—La institucion de heredero ha de hacerse por el mismo testador de una manera cierta, designándole de modo que no haya lugar á duda respecto de su persona.

El simple error de nombre cuando, por otra parte, resulta clara la voluntad del testador, no invalida la institucion; pero sí cuando el error fuere acerca de la persona del instituído.

Si el testador calificase al sustituído por algun delito ó falta de moralidad determinada, la institucion es nula; pero subsistirá si generalmente dijese mal de él.

ORÍGENES

Leyes 6.ª, 10 y 12, tít. III, Partida 6.ª
Final de la ley 13 del mismo título y Partida.

JURISPRUDENCIA

Sent. 30 Junio 1866.

Es válida la institucion, aunque en ello no aparezca el nombre del instituido, siempre que el testador haya expresado su intencion, de manera que sea imposible dudar acerca de la persona á quien se refieren sus palabras (Sentencia 18 Junio 1857).

El contrato en que uno promete á otro por escritura solemne dejarle sus bienes, obliga al que le ofrece á instituir heredero al favorecido si otorga testamento; y no otorgándolo, da á éste derecho para ser heredero (Sentencia 30 Junio 1858).

Al autorizar el testador á persona de su confianza para distribuir sus bienes con arreglo á sus instrucciones, no hace una verdadera institucion de heredero, y de consiguiente no son aplicables á este caso las leyes que declaran cómo debe hacerse el establecimiento de heredero (Sent. 11 Enero 1860).

Tanto en las instituciones de heredero como en las instituciones á dia cierto ó que indudablemente ha de venir, por más que se ignore cuán-

do, son legales, se equiparan á las puras y crean derechos trasmisibles á los herederos de los instituidos y á los de los sustitutos desde el fallecimiento del testador (Sent. 4 Abril 1866).

Es lícita y legal la institucion de heredero hecha en favor del alma del testador, pues léjos de haber ley ó doctrina que lo prohiba, está autorizada por derecho canónico, por la Real cédula de 30 de Mayo de 1830 y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sents. 15 Marzo 1864 y 24 Diciembre 1866.

COMENTARIO

HEREDEM INSTITUERE *en latin, tanto quiere dezir en romance como establecer un ome a otro por su heredero, de manera que finque señor, despues de su muerte, de lo suyo, o de alguna partida dello en logar de aquel quel estableció*, segun expresa la ley de Partida.

Nuestro artículo comprende la doctrina de diversas leyes de Partida.

En primer lugar establece la forma en que la institucion debe tener lugar. «Ciertamente; debe el fazedor del testamento nombrar aquel que quiere establecer por su heredero diziendo: Fulano quiero que sea mio eredero (nombrándolo por su nome) que sea eredero en todo ó en parte; como el testador toviere por bien. E por auentura el testador dixere en su testamento: Fulano sea heredero; cumple esta palabra maguer non diga mio. E aun dezimos, que si fallasen escrito en testamento: Que fulano eredero (nombrándolo el testador) non dixesse sea, ó se fallasse escrito: Fulano sea: e non fuesse y puesto, mio, nin heredero; valdria el establescimiento que fuesse fecho en alguna destas maneras. E esto es porque sospecharon los Sabios antiguos que el facedor del testamento auria dichas todas las palabras que deben dezir en establecer el eredero, como quier que non se fallen assi escritas. Otro si si por auentura non las ouiessen assi dichas sospecharon que esta mengua auiniera por agrauamiento dela enfermedad e non por otra cosa: pues que el testador le falla acabado en todas las otras cosas. Mas si vna palabra solamente se fallasse escrita en el testamento como si dixesse el testador: Fulano: o dixesse: Heredero: e non nombrase quien, non valdria estonce el testamento; porque por tales palabras non podria tomar ome cierta sospecha nin entendimiento verdadero, del fazedor del testamento. E sobre todo dezimos que el establescimiento del heredero se puede aun fazer por otras palabras: assi como si dixesse aquel que lo fazia: Fulano sea mio heredero: ó quiero ó mando que lo sea: o si dixesse: Fulano sea señor de todas mis heredades: o aya todos mis bienes: ó dexol todo lo que he: *ó otras palabras cualesquiera semejantes destas, porque se pudiesse mostrar su voluntad en esta razon.*»

La claridad en la institucion, la designacion del heredero de manera que racionalmente se comprenda la voluntad del testador es lo que que en último resultado quiere la ley copiada.

La 10. del mismo título y Partida añade: «Dos amigos auiendo el testador que ouiessen un mismo nome, si quisiesse alguno dellos por heredero suyo, de tal manera deue nombrar e señalar aquel á quien quiere dexar lo suyo, por su nome ó de su padre, ó por otras señales que pueda ser sabido ciertamente quien es aquel que dexa por su heredero. Ca si de otra guisa fiziese, tal establescimiento como este non valdria: e aurian los bienes del testador los parientes mas propinquos, bien assi como si muriesse sin testamento. Pero dezimos que por tales señales deue nombrar heredero que non sea deshonrado nin mal enfamado. Ca si dixesse el testador: Dexo por mio heredero a fulano, que judgó el Rey por traidor; ó que es herege; o dixesse del otro gran mal señaladamente, por que el otro fuesse deshonrado ó mal enfamado, non valdria tal establescimiento de eredero. Mas si el testador dixesse generalmente mal, diziendo assi: Establezco por mio eredero á fulano, maguer que sé que es malo: e non dixesse señaladamente aquella maldad de cual yerro descendiera, valdria al establescimiento. Esso mismo seria si dixesse: Sea mio heredero aquel maldito fijo, maguer non fizo nunca servicio, porque lo meresciesse. Otrosi dezimos que si el testador dixesse assi: Establezco por mi heredero el vnó de mis hermanos (nombrándolos), aquel que casare con fulana muger; el que casasse con ella seria eredero del testador».

Por último, en la ley 12 se dice: «Errando el testador en la persona de aquel á quien estableció por heredero, cuydando establecer a uno establesciesse a otro; tal establescimiento non valdrá, porque erró en él. E esto seria como si alguno quisiesse fazer su heredero a otro ome que ouiesse seydo su señor, e estouiesse otro ante él, que non fuesse aquel su señor, mas otro que le semejasse; e cuydando el testador que lo era dixesse assi: Este que fué mio señor é me aforró, e está ante mi establezco por mio heredero. Ca entonce non seria eredero aquel

su señor a quien cuydaba establecer, porque non fué nombrado nin escrito en el testamento. Nin lo seria otro si el otro maguer sea presente cuando lo estableció: porque el testador erró en la persona dél, cuydando que era su senor. Esso mismo seria en las cosas que el testador mandasse cuydando mandar a vno vna aza é errase mandandola a otro assi. como sobredicho es».

En otra ley de las citadas se añade: Otrosi dezimos que seyendo cierto el fazedor del testamento qual es aquel que establesce por su heredero o a quien manda algo en el testamento, maguer errasse en el nome o en el sobrenome del, valdria lo que assi ordenase o mandasse. Ca por tal yerro como este non se tuelle la verdad, pues que cierto es de la persona de aquel a quien face la manda o dexa por su heredero».

Del contexto literal de estas leyes parece deducirse que es preciso que la persona del heredero se designe con su nombre y apellido. La jurisprudencia admitida es otra, y basta, por consiguiente, que aparezca indudable la voluntad del testador para que deba ser cumplida.

La minuciosidad de las leyes trascritas, unida á las aclaraciones de las sentencias del Supremo Tribunal, hacen innecesaria una prolija explicacion de estos preceptos.

Hemos, si, de consignar, que por la ley 9.ª del mismo título y Partida, se dispuso que, si el nombrado heredero en testamento lo fuere solamente en aquella porcion que haya de señalarse en codicilo, y en éste se omitiese designar aquella porcion, se entenderá que lo es de todos los bienes que expresamente no se hubieren dejado á otro, y que si fuesen varios los herederos instituídos recibieran porciones iguales, salvo las disposiciones en contrario del testador. Esta doctrina ha perdido hoy su importancia y hasta su aplicacion despues de lo establecido en la ley 3.ª de Toro que quitó todo su valor á las disposiciones codicilares, como decimos más adelante (Véase art. 942).

Artículo 939.—El designar el testador al nombrado heredero como su hermano en señal de afecto y amistad, no siéndolo, no invalida la institucion.

ORÍGENES

Ley 13, tít. III, Partida 6.ª

COMENTARIO

La denominacion de hermano dada como muestra de afecto y cariño á aquel á quien se instituye heredero, no invalida la institucion. «Amistad muy grande han los omes vnos con otros, de manera que se aman bien assi como si fuessen hermanos, e dexa el uno al otro lo suyo, diziendo assi a sabiendas: Este mi hermano establezco por mi heredero: tal establecimiento como este dezimos que deue valer, maguer non fuesse su hermano: e non deue ser contado por yerro aquella palabra que dixo hermano: porque deue ome sospechar, quo se lo dixo por razon del gran amor que auia con el, pues quel dexaua todo lo suyo».

Esta ley, por consiguiente, confirma de una manera indirecta el mismo principio anteriormente consignado de que, siempre que la voluntad del testador se haya manifestado de manera que sea imposible dudar acerca de la persona á quien se refiere el testador, debe la voluntad de éste ser cumplida.

Lo contrario sucedería si en vez de llamarle hermano *sabiendo* que solamente era amigo, lo dijera en la falsa creenoiade que, real y positivamente existía dicho parentesco.

Artículo 940.—La institucion de heredero no es necesaria para la firmeza del testamento.

Tampoco lo es la aceptacion de la herencia por el heredero.

En uno y otro caso se cumplirán las disposiciones del testamento; y en el resto de los bienes de que no hubiese dispuesto el testador, se heredará con arreglo al Título siguiente.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Sent. 8 Junio 1861.
Sent. 31 Diciembre 1864.

COMENTARIO

Por Derecho Romano, la institucion de heredero era tan absolutamente necesaria en el testamento, que sin ella verdaderamente el testamento no existía. Las leyes de Partida, siguiendo fielmente las inspiraciones de aquel derecho, establecen que el *fundamento e raiz de todos los testamentos, de cual natura quier que sean, es establescer herederos en ellos.*

Pero nuestra ley Recopilada, que es la 2.ª

tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá, dispuso que... «y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, *aunque el testador no haya hecho heredero alguno*: y entónces herede aquel que, segun derecho y costumbre de la tierra, había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento: y cúmplase el testamento. Y si el testador instituyese heredero en el testamento y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en él se contienen. Y si alguno dejare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la de á otro alguno á quien sustituyere en la herencia ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar ó renunciare la herencia ó legado, el sustituto ó sustitutos lo puedan haber todo».

Por consecuencia de lo dispuesto en esta ley, hoy se puede morir parte testado y parte intestado, ó lo que es lo mismo, la herencia de una persona puede deferirse en parte por la voluntad del hombre, y en otra parte por la disposicion de la ley, doctrina que de ningun modo admitieron las leyes romanas.

En la parte que el testador hubiere dispuesto se respetará su voluntad. En aquello que no hubiera testado, se observará lo dispuesto por la ley para los que fallecen sin testamento.

Artículo 941.—Los herederos instituídos sin designacion de partes heredan con igualdad.

Si unos herederos fueren instituídos con designacion de partes y otros sin esta designacion, los primeros heredan las señaladas y los segundos todo lo demas.

Si fueren cuatro los instituídos, designando para uno la mitad de la herencia y para otro la otra mitad, sin señalar parte alguna para los restantes, los cuatro recibirán iguales porciones.

Si fueren tres los instituídos y se les adjudicaren las tres cuartas partes de la herencia, siempre que el testador no dispusiere de la otra cuarta parte, se observará respecto de ella, lo preceptuado en el último párrafo del artículo anterior.

ORÍGENES

Ley 17, tít, III, Partida 6.ª

Ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 9.ª, párr. 12, tít. V, lib. XXVIII, Digesto.—Párr. 6.°, tít. XIV, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Marzo 1861.

Con arreglo á la ley 17, tít. III, Partida 6.ª, cuando el testador estableciese tres ó cuatro por sus herederos ayuntadamente, no diciendo cuánta parte de la herencia da á cada uno, serán herederos todos igualmente, salvo si su intencion fuese la de dar á los unos más que á los otros, pues entónces debe señalar en cuánta parte establece á cada uno de ellos (Sent. 10 Diciembre 1866).

Cuando el testador instituye á uno por su heredero en cosa cierta ó señalada, y á otro distinto en el resto de sus bienes en términos indeterminados, el primero ha de haber tan sólo aquello que específicamente le fué designado, y el segundo heredará todo lo que fincare demas de la heredad é de las mandas é de las debdas (Sent. 13 Marzo 1863).

COMENTARIO

Esta ley tiene por objeto decidir algunos casos que pudieran presentarse. No necesita de más explicacion que su mismo texto, dice así: «Tres o quatro omes establesciendo el testador por sus herederos ayuntadamente, non diziendo quanta parte de la erencia da a cada vno, dezimos, que serán erederos todos igualmente. Mas si su entencion del testador fuesse a tal, que quissiese dar mas a los vnos que a los otros, estonce deue señalar en quanta parte establece a cada uno de ellos. E si lo fiziere assi cada vno dellos se deue tener por pagado con aquella parte que señaló: e non deue mas demandar nin auer. E si acaesciesse a omes ciertos, por herederos, en partes ciertas a cada vno; e demas dellas dixesse, que establesce a otro eredero non le señalando cierta parte, estonce cada vno dellos heredará aquella parte que le señaló. E el otro, quier que sea vno o mas, a quien non señaló parte eredará todo lo que fincare demas de la eredad e de las mandas é de las debdas. Otrosi dezimos, que si algun ome establesciesse en su testamento a quatro omes por herederos en esta manera; dando a vno la meytad de la heredad e al otro la otra meytad: e a los otros dos non les señalasse parte ningu-

na. En tal caso como este aquellos a quien establesció por herederos en partes ciertas, eredarán la meytad e non mas, e partirla han entre si egualmente. e los otros dos a quien non señaló parte eredarán la otra meytad de todos los bienes del testador, e partirlo han entre si egualmente. E aun dezimos, que si el testador partiesse su heredad en quatro partes de manera que establesciesse en las tres partes herederos egualmente, non dando al vno mayor parte que a los otros; si non fiziesse mencion de la quarta parte que remanesciesse deuenla partir entre si ellos mesmos, a quien establesció por herederos en las tres partes: tomando cada vno dellos tanto el vno como el otro. Mas si establesciesse por heredero alguno dellos en mayor parte que a los otros, estonce deuen partir la quarta parte sobredicha segun la quantia en que fue cada vno establescido heredero».

Esta ley ha sido modificada en parte por la 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., y con arreglo á ella (que dejamos trascrita en el comentario del artículo anterior), en el caso de dividir el testador sus bienes en cuatro partes, y adjudicase una de ellas á cada uno de los *tres* instituídos, respecto de la otra cuarta parte que no fué objeto de disposicion especial se sucederá abintestato.

Artículo 942.—En la institucion de heredero no puede prescindirse de las solemnidades que se marcan en el art. 887 ó en el 888 para cada caso, salvo si concurriera el Rey á su otorgamiento.

La institucion en que se hubieren omitido aquellas solemnidades, y la condicion impuesta del mismo modo al designado en testamento, no tienen fuerza legal.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. I, Partida 6.ª
Leyes 7.ª y 8.ª, tít. III, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. XII, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

El codicilo es válido cuando no se justifica, como las leyes exigen, la falsedad imputada al mismo (Sent. 16 Noviembre 1844).

Habiéndose ordenado por la ley 3.ª, tít. XVIII, lib. X, de la Nov. Rec., que en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la ley del Ordenamiento de Alcalá, introduciendo tan importante modificacion en lo que se hallaba dispuesto por las leyes de Partida y no existiendo las razones en que se fundaba el diverso carácter que con arreglo á ellas tenían unas y otras últimas voluntades, han debido cesar tambien las restricciones que dichas leyes establecen respecto de los codicilos (Sentencias 27 Junio 1864 y 21 Junio 1867).

Si bien por la ley 2.ª, tít. XII, Partida 6.ª, no se permite que por codicilo se haga institucion directa de heredero, ni imponerle condicion, ni desheredarle, autoriza, sin embargo, los fideicomisos y no prohibe el dejar legados de ninguna especie (Sent. 1.º Octubre 1874).

COMENTARIO

En Roma hubo dos clases de últimas voluntades: una solemne, el testamento: otra ménos solemne, el codicilo. En el primero se disponía de los bienes á título universal ó de herencia: en el segundo á título singular ó de legado; en el primero, se instituía el heredero: en el segundo, solamente podían hacerse mandas. Uno y otro revestían una de estas dos formas, nuncupativa ó *in scriptis*. La ley de Partida conservó del mismo modo la division entre el testamento y el codicilo, cuyas solemnidades externas eran diversas y menores en el segundo que en el primero.

Mas las disposiciones del Código Alfonsino han sufrido profunda modificacion por la ley 3.ª de Toro (2.ª, tít. XVIII, Nov. Rec.), que estableció: *Y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento.*

¿Hasta dónde alcanza la reforma introducida por esta ley?

¿Ha borrado completamente los codicilos de nuestro Derecho?

No se muestran conformes los autores al resolver esta gravísima dificultad.

La ley de Toro habló de codicilos sin distinguir á cuál de ellos se refería, toda vez que la ley de Partida reconoce los abiertos y los cerrados.

¿A cuál de ellos se refería la ley de Toro? Gregorio Lopez, y con él Antonio Gomez, Sala y Matienzo, opinan que la ley de Toro se refirió única y exclusivamente al codicilo abierto, pero que en cuanto al cerrado dejó subsistente la legislacion romana y han de concurrir cinco testigos. En contrario se expresan Búrgos de Paz, Menchaca, Llamas, La Serna y Gutierrez

y otros, entendiendo que la ley de Toro no distinguió unos de otros codicilos, por cuya razon *unifica* su doctrina y no es posible admitir distincion allí donde la ley no distingue.

Desde el momento en que nuestras leyes borraron las diferencias que existían en cuanto al fondo, materia y objeto de los testamentos y codicilos; desde el momento en que pudo haber testamentos sin designacion de heredero y por consiguiente, no hubo diferencias esenciales entre unos y otros, cesó la razon de una disposicion solemne y otra que lo fuere ménos.

Hoy, por consiguiente, el codicilo no existe, es una denominacion que no corresponde á nada real y efectivo que sea distinto del testamento.

Esto no obstante, como todavía se sustenta por alguien la opinion contraria, en lugar de decir nosotros en el artículo que la institucion de heredero solamente puede hacerse en testamento, lo cual es cierto segun nuestra doctrina, pero no lo es en sentir de los que admiten la existencia del codicilo, hemos adoptado la forma en que está redactado y que resulta ser la verdad vigente, ya se sostenga ya se niegue la existencia de las disposiciones codicilares.

Si la institucion de heredero hecha en documento en que se haya prescindido de las solemnidades del testamento es nula, lo es tambien la condicion, traba ó gravámen que sin aquellas solemnidades se impongan al instituido en testamento.

Artículo 943.—En la institucion á título singular ó de legado, no podrá prescindirse de las solemnidades que se determinan en el artículo 887.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XII, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. XVIII, Nov. Rec. (3.ª de Toro).

COMENTARIO

Admítase ó no la existencia del codicilo, segun la interpretacion que se atribuya á la ley 3.ª de Toro, siempre resulta evidente con arreglo á la misma que llámese testamento la disposicion que se otorgue, ó llámese codicilo, jamas podrá prescindirse en él de las solemnidades que la ley Recopilada señala, y que dejamos explicadas minuciosamente en el art. 887 de este libro.

En la hipótesis de que subsitan los codicilos preguntan los autores: ¿puede la mujer sér testigo en los codicilos? Palacios Rubios, Búrgos de Paz y Gomez, entienden que sí, mas como observa el Sr. Gutierrez, esta doctrina no tiene otro apoyo que las glosas de los intérpretes, el cual no es por cierto muy seguro.

SECCION SEGUNDA

DE LA SUSTITUCION

Artículo 944.—La sustitucion puede verificarse nombrando un segundo ó ulterior heredero para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera ó no pueda aceptar la herencia.

Esta sustitucion se llama vulgar.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª, tít. V, Partida 6.ª
Ley 22, tít. III, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 43, párr. 2.°, tít. VI, lib. XXVIII, Digesto.—Art. 898 Cód. Francia.

JURISPRUDENCIA

Aunque en una cláusula testamentaria se establezcan varias sustituciones vulgares, es, sin embargo, válida cuando no prohibe enajenar ni establece por consiguiente ninguna vinculacion (Sent. 29 Noviembre 1859).

La facultad de los testadores para designar un heredero en primer grado, sustituyendo á éste con otro ú otros en segundo y siguientes, nada tiene de comun con la de imponer á sus bienes el gravámen de vínculo ó de restitucion segun los llamamientos que dispusiesen, porque la sustitucion sólo contiene una sustitucion de heredero, ya se verifique en el primer

instituído, ya en cualquiera de los sustitutos, sea en el grado que fuese (Sent. 7 Abril 1864).

La condicion impuesta sobre una de las cosas de la herencia por un testador á su heredero, bajo pena de pasar la herencia en otro caso al siguiente llamado, tiene su aplicacion clara y textual al sustituído y sustituto nombrado, que existiesen al fallecimiento del testador, cualquiera que fuese de ellos el que entrase á disfrutar dicha cosa; pero no debe extenderse á los herederos y sucesores de éste, puesto que la libertad natural de una finca en las ulteriores trasmisiones, no puede entenderse limitada ni coartada sinó por preceptos terminantes que no dejen duda acerca de la voluntad del testador (Sent. 7 Abril 1864).

Adquieren un derecho indisputable á la herencia por la muerte del instituído los sustitutos designados por el testador, y por la muerte de esos sus hijos legítimos, si así tambien lo hubiera ordenado aquél (Sentencia 14 Octubre 1867).

La disposicion testamentaria por la que es llamado un tercero al todo ó parte de lo que resta de la herencia al morir el heredero, contiene una especie de sustitucion condicional en favor del llamado, á la cual son aplicables las leyes y disposiciones que rigen respecto de esta clase de sustituciones (Sent. 15 Junio 1868).

La ley 22, tít. III, Partida 6.ª, despues de fijar las tres épocas en que los herederos deben tener la capacidad para heredar, dispone que si alguno de ellos no pudiere serlo, habrán la herencia los sustitutos ó los otros que fueren establecidos en uno con ellos en el testamento, y que sólo en falta de éstos pasará la herencia á los parientes más propincuos del finado (Sentencia 12 Junio 1869).

La cláusula de un testamento en que el testador instituyó heredero universal á su hijo, sustituyéndole con su nieto, á sus voluntades, en el caso de morir con hijos que llegasen á la edad de poder testar, contiene claramente una sustitucion pura, libre é incondicional en favor de dicho hijo, y una sustitucion vulgar á favor del nieto para el caso único y propio de esta sustitucion de que aquél no aceptase la herencia (Sent. 14 Junio 1871).

Si resulta en autos que un testador, ademas de establecer diferentes legados en su testamento y nombrar usufructuantes de sus bienes á su mujer y un hermano, dispone que despues de la muerte de éstos pasen los bienes á un sobrino suyo, y no existiendo este sobrino ni tampoco hijos suyos quiere que pasen á los más próximos parientes de su línea, estas palabras constituyen evidentemente una sustitucion vulgar á favor de estos últimos, que quedó caducada y sin efecto alguno desde el momento en que el sobrino aceptó la herencia á la muerte del testador y se posesionó de ella al fallecimiento de los usufructuarios, segun aquél lo habia dispuesto, y al estimarlo así la Sala sentenciadora, y pronunciar en su virtud la absolucion de la demanda en que se reclama por un tercero la herencia, entiende rectamente y no contraría la voluntad del testador ni comete ninguna infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 29 Noviembre 1878).

COMENTARIO

La sustitucion, dicen los autores, consiste en el nombramiento de un segundo heredero en lugar del primero.

Los comentaristas distinguen cinco clases de sustitucion á que dan los nombres de vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria con que las distingue la misma ley. Mas en realidad la compendiosa y brevilocua no pueden considerarse como *clases* de sustitucion, sinó como *modos* ó formas de su aplicacion, puesto que la compendiosa consiste en comprender los distintos casos de sustitucion bajo una sola fórmula, y la brevilocua ó recíproca en que el testador sustituya entre sí á los mismos que ha instituído por herederos.

En cuanto á la sustitucion vulgar objeto del artículo que comentamos, la ley de Partida dice: «Substitutos en latin, quiere decir en romance como otro heredero que es establescido del fazedor del testamento en el segundo grado despues del primero heredero, como si dixesse: «*Establezco a Fulano por mio heredero, e si non quisiere o non lo pudiere ser, sealo Fulano en lugar del.* Tal sustitucion llaman vulgar...» Y en la siguiente añade: «*Claramente se face la substitucion vulgar por palabras negativas como si dixesse el testador: Establezco a Fulano por mi heredero, e si non lo fuere, fago mi heredero a Fulano. Ca si muriesse aquel que fue establescido primeramente, ante que ouiese tomado la erencia o se haya otorgado por eredero, sera eredero el segundo. Eso mismo seria si fuese vivo, e non quisiesse recibir la erencia o la desechasse. E aun calladamante si podria fazer tal substitucion como si el testador nombrase dos omes por sus herederos, diziendo que qualquier dellos, nom-*

brandolos, que fuesse vivo, que aquel fuesse su heredero: estonce si fuessen vivos omes, auran la heredad. E si el uno moriere tan solamente, auerla ha el otro que fuere vivo. E esto es porque en tal establescimiento se entiende calladamente que si el vno es muerto, o si fuere vivo, e non quisiere la erencia, el otro entrará en su lugar, e la deue auer toda».

La sustitucion vulgar se comprende, segun expresan los autores, con la fórmula *si hæres non erit*, dentro la cual se contienen dos casos, *si hæres esse nollit*, es decir, el de noluntad, y *si non potuerit hæres esse* que es el de impotencia ¿Será necesario que el testador determine cuál de los casos es el que prevee en su disposicion? Enunciado el caso de noluntad ó el de impotencia, ¿se entenderá comprendido tácitamente el otro? Entendemos que sí, pues como dice Gomez, es verosímil que lo que dispuso el testador en un caso hubiera dispuesto en otro si le hubiese ocurrido. En el Proyecto de Código se dice que la sustitucion simple y sin expresion de casos comprende las dos, á ménos que el testador haya declarado lo contrario.

En cuanto á la forma ó palabras con que se puede hacer la sustitucion vulgar y la manera con que en cada caso deba interpretarse la voluntad del testador, Gomez presenta algunos casos que no dejan de presentar dificultades: así, por ejemplo, cuando el testador dice: si Francisco no fuese mi heredero séalo Pedro, y mando á Francisco que restituya la herencia á Juan, resultan dos clases de sustituciones, ¿cuál prevalecerá?

Gomez dice que si el heredero instituído (Francisco) murió en vida del testador, ó ántes de adir la herencia, ó la repudia, sería admitido el sustituto vulgar (Pedro); pero si el sustituído llegó á adir la herencia, deberá ser preferido á su muerte el sustituto fideicomisario (Juan).

Gomez examina tambien esta duda: cuando concurren un sustituto y un heredero ó trasmisario, ¿cuál deberá ser preferido? En sentir del comentarista parece más conforme con la disposicion testamentaria preferir al sustituto; mas sin embargo, entiende que esta preferencia se limita al caso de noluntad, pero que si el sustituído muriese ántes de la adicion y en el tiempo de deliberar, el trasmisario deberá ser preferido.

En cuanto al caso en que concurran un sustituto y uno que tenga el derecho de acrecer, es siempre preferido el primero, porque su derecho se funda en la voluntad expresa del testador, al contrario de lo que sucede con el segundo, y la presuncion solamente prospera cuando la voluntad manifiesta no la contraría.

Artículo 945.—En el caso del artículo anterior, si el primer nombrado recibe ó acepta la herencia, cesa la sustitucion.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. V, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando se nombra sustituto á dos sustituídos para el caso de que falleciesen sin dejar hijos, la muerte de uno de ellos no da derecho al sustituto para reclamar la herencia (Sent. 10 Junio 1858).

En la sustitucion vulgar, aceptada ó poseida la herencia por el primer instituído, queda sin efecto la sustitucion (Sent. 1.º Mayo 1862).

Es principio de derecho que el sustituto que se da al sustituto se entiende dado tambien al instituido. (Sent. 16 Enero 1863).

La sustitucion vulgar espira en sus efectos una vez aceptada la herencia por el heredero instituido, así como la pupilar siempre que el huérfano llegue á la pubertad, porque en uno y otro caso pasaron los motivos de la sustitucion, como se establece expresamente en las leyes 4.ª y 10, tít. IV, Partida 6.ª (Sents. 7 Abril 1864 y 10 Junio 1865).

El sustituto que fallece ántes que el instituído y en tiempo en que pende una condicion, no adquiere derecho alguno efectivo sobre la herencia ni puede por consiguiente trasmitirlo por testamento (Sent. 20 Junio 1866).

La doctrina de que la sustitucion vulgar espira en sus efectos una vez aceptada la herencia por el heredero sustituído, no puede tener aplicacion á la herencia dejada condicionalmente ó con el carácter de restitucion, pues entónces, si la condicion no llega á cumplirse ó si sucede el caso previsto en el testamento, debe darse á los bienes el destino determinado por el testador (Sent. 24 Diciembre 1866).

El llamado personalmente á la sustitucion que se muere ántes que el sustituido, no trasmite derecho alguno á sus herederos (Sent. 26 Octubre 1867).

Segun la ley 4.ª, tit. V, Partida 6.ª, y la jurisprudencia á su tenor establecida por repeti-

das declaraciones del Tribunal Supremo, la sustitucion vulgar caduca y queda sin efecto cuando el heredero instituído en primer grado acepta la herencia (Sent. 29 Noviembre 1878).

COMENTARIO

«Desfallece la substitucion vulgar cada que aquel que es establescido por heredero primeramente, entra en la eredad del testador ante que muera; o si consiente, otorgando e diciendo que quiere ser heredero, maguer non la tome. Ca el substituto non ha derecho en los bienes del muerto en que fuesse establescido el primero heredero: maguer este que primeramente fue establescido muriesse despues; esto se prueba por las palabras del testador. Establezco á Fulano por mio heredero, e si el non lo fuere, fago mio heredero a Fulano: Pues que el primero eredero entra en la heredad, o quiere ser heredero, non ha porque lo ser el substituto, maguer muera el primero despues».

El principio contenido en esta ley es tan claro y la razon que lo imspira tan evidente, que no merece más larga explicacion.

Artículo 946. — Cuando se instituyeren varios herederos y se designasen como sustitutos recíprocamente, la porcion correspondiente al que no aceptase ó no pudiere aceptar la herencia, se dividirá á prorata entre los demas instituídos.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. V, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 24, tít. VI, lib. XXVIII, Digesto.—Párr. 2.°, tít. V, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

La sustitucion puede presentarse bajo diferentes formas. Esta ley tiene por objeto una de ellas: «Si algun testador establesciesse tres omes por sus herederos: al uno en seis onzas (1), al otro en cuatro (2) y al otro en dos (3): en tal manera que si alguno muriesse ante que entrase la heredad o non la quisiere, que los otros heredassen en lugar del: dezimos que si alguno dellos non quisiere ser heredero o muriesse ante que tomasse su parte de herencia, estos dos que fincassen vivos, debe cada uno heredar los bienes del que les fizo sus herederos, e la parte del otro, segun la cuantia en que el testador los establescio primeramente en sus erederos». En su consecuencia, si los instituídos lo fueren en partes iguales, dividirán del mismo modo la porcion correspondiente al que no aceptó, y si la institucion fuere desigual, como en el ejemplo de la ley, se hará en la proporcion correspondiente la division de aquella parte, esto es, á prorata de las instituciones.

(1) La mitad de la herencia.
(2) Cuatro dozavas partes de la herencia.
(3) Dos dozavas ó una sexta parte.

Artículo 947. — Tambien tendrá lugar la sustitucion, nombrando un segundo heredero que recoja la herencia á la muerte del primero, incapacitado para testar por ser impúber.

Esta sustitucion se llama pupilar.

ORÍGENES

Leyes 5.ª y 6.ª, tít. V, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 2.ª, tít. VI, lib. XXVIII, Digesto.

COMENTARIO

Hemos hablado anteriormente de otras dos clases de sustitucion que no carecen de importancia. Nos referimos á la pupilar y á la ejemplar. La primera de que nos ocupamos en este artículo consiste en la designacion hecha por el padre, de un segundo heredero, para el caso de que su hijo ó nieto falleciese ántes de llegar á la pubertad, es decir, la edad en que pueden testar libremente de sus bienes.

Tratándose de la sustitucion que se hace al impúber, dice la ley 7.ª: «Tal fuerza ha la sustitucion pupilar, que aquel que gana la eredad por razon della, deue auer los bienes del moço en cuyo favor fue establescido tambien como si el mismo lo ouiesse establescido por su heredero en tiempo que pudiesse fazer testamento. E tal substitucion es como otro testamento que faze el padre al mozo. *E eredará todos los bienes del mozo onde quier que los haya*: fueras si el establescido por eredero fuera ome que non pudiesse eredar por derecho los bienes de otri, ca estonce non los deue aver, si non en la manera que las leyes deste libro mandassen».

Tales son los efectos de la sustitucion.

¿Puede el padre dar sustituto pupilar á su

hijo en perjuício de la legítima de la madre de éste? Sala entiende que sí, siempre que la sustitucion sea expresa y no tácita. Escriche niega que pudiendo el hijo desheredar á su madre sin justa causa, pueda concedérsele al padre aquella facultad que ejerce á nombre del hijo. Gutierrez entiende que en cuanto á la legítima no puede el sustituto perjudicar á la madre, y por consiguiente, que la facultad del padre ha quedado reducida al nombramiento de sustituto en cuanto á la parte de bienes de que el hijo puede disponer libremente.

Artículo 948.—En el caso del artículo anterior, solamente podrán nombrar sustituto los padres del impúber.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. V, Partida 6.ª

COMENTARIO

La facultad de nombrar sustituto pupilar la hacen depender los autores de la patria potestad. Por consiguiente, sólo aquel que ejerce ésta tiene aquella facultad. Así las madres que por la ley de Partidas no tenían semejante derecho, lo han adquirido por virtud del art. 64 de la ley del Matr. civ., en los casos marcados en la misma ley.

Artículo 949.—Se entenderá hecha tácitamente la sustitucion pupilar:

1.° Cuando se hiciese en forma de sustitucion vulgar.

2.° Cuando el padre instituye á su hijo y á una tercera persona, disponiendo que cualquiera que sea su heredero lo sea tambien de su hijo.

Cuando el sustituto es hermano legítimo del primer instituído, es nula la sustitucion.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. V, Partida 6.ª

COMENTARIO

«Calladamente se faria si dixesse: establezco por mio heredero a Fulano mio fijo que es menor de catorce años, é a Fulano é a Fulan mis amigos. E despues desto dixesse: Mando que qualquier que sea mi eredero sea eredero de mio fijo... podria hacerse calladamente de otra manera: como si establesciesse por su eredero a su fijo ó descendiente que non fuesse de tal edad é le diesse otro substituto en la manera que es vulgar...» De cualquiera de ambos modos se entiende hecha la sustitucion como si fuera clara, directa y expresamente hecha, produciendo el mismo efecto de pasar los bienes al sustituto á la muerte del impúber.

La excepcion que la ley consigna en perjuício del hermano, no nos parece oportuna, pues parece que se le hace de peor condicion que al extraño, sin que por eso pierda la herencia, puesto que entrará en ella por derecho propio y abintestado.

Artículo 950.—Puede darse sustituto pupilar así al hijo sustituído como al desheredado.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. V, Partida 6.ª

COMENTARIO

La desherencia no priva al padre de sus derechos; por eso, así como puede nombrarle tutor y curador, puede ejercer la facultad de designarle sustituto.

Artículo 951.—El sustituto pupilar recibirá á la muerte del impúber todos los bienes de éste, cualquiera que sea su orígen, y sin que pueda renunciar unos y aceptar otros.

Sin embargo, si el sustituto hubiere sido ademas nombrado heredero con el menor, podrá al fallecimiento de éste renunciar los bienes que procedan de quien le sustituyó si así lo hubiere convenido con el impúber (1).

(1) Hé aquí lo que dice la ley de Partida, de que está formado este artículo: «Muriendo el moço á quien se oviere dado otro substituto pupilar, si este quisiese heredar los bienes que fueren de parte de padre é non de la de su madre ó de los parientes della: si fuesse establescido por heredero en uno con el moço en el testamento del padre, conviene en todas guisas que sea otrosi en los bienes del moço, maguer non quiera: o los desampare todos. Mas si el mozo cuando era vivo é aquel que fué establescido heredero en su lugar, se acordasen de so uno que non quieran entrar los bienes del padre de aquel moço: si en el mismo testamento hubiesse establescido el testador á otro alguno por eredero con ellos, si muriesse el moço ante que fuere de edad el substituto sobredicho, heredará por la pupilar substitucion, é non entrará en los bienes del padre del moço si non quisiere: mas eredarlos ha aquel que fué establescido por eredero con ellos. Pero si el testador diesse substituto al moço en la manera que es dicho pupilar tan solamente, ó non lo establesciesse por eredero de so uno con el fijo; si el mozo quisiere ser heredero en los bienes de su padre, é entrare en ellos, conviene que el substituto sea heredero tambien en la heredad del testador, como en los otros bienes, si muriesse ante que sea de edad; é de otra guisa non lo podria auer.»

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. V, Partida 6.ª

Artículo 952.—Si el primer instituído fuere un *sui juris* menor de catorce años adoptado por el testador, el sustituto heredará solamente los bienes que el incapaz adquirió del adoptante ó por su contemplacion, observándose respecto de los demas lo dispuesto en el Título siguiente (1).

ORÍGENES

Ley 9, tít. V, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. 6.°, ley 10, tít. VI, libro XXVIII, Digesto.

Artículo 953.—Cesa la institucion pupilar:

Primero. Por salir el primer instituído de la patria potestad.

Segundo. Por anulacion ó revocacion del testamento.

Tercero. Por llegar el instituído á la edad de doce años, siendo mujer, ó de catorce siendo varon.

Cuarto. Por nacimiento de un hijo del testador, con posterioridad al testamento.

ORÍGENES

Ley 10, tít. V, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

(Véanse Leyes del tít. VI, lib. XXVIII, Digesto.)

JURISPRUDENCIA

El principio de que la institucion condicional no produce efecto alguno cuando el instituído muere ántes que el testador, se extiende y es por identidad de razon aplicable á las sustituciones, cualquiera que sea su naturaleza, porque todas ellas no son más que medios diversos autorizados por el Derecho para trasmitir la herencia á varias y determinadas personas ó familias; pero en todas es requisito indispensable que el sustituído tenga capacidad para aceptarla, cuando se cumple la condicion impuesta (Sent. 6 Febrero 1865).

COMENTARIO

La ley de Partida señala diversos casos en los que cesan los derechos del sustituto á percibir los bienes que constituyen la herencia. Entre los que la ley cita, solamente los enumerados en nuestro artículo están vigentes, y sin que á ellos sea preciso añadir la que consiste en la muerte del sustituto, por ser doctrina general de que nos ocupamos en el lugar correspondiente, que el que muere ántes que el testador, no adquiere derechos en la herencia, y en cuanto al caso en que el fallecimiento ocurre despues de abierta la sucesion, pero ántes de llegar el día en que el derecho del sustituto es ejercitable, deberán tenerse presente, en armonía con lo dispuesto por jurisprudencia, las reglas comunes de las instituciones condicionales.

En cuanto á los casos enumerados en el artículo, no necesitan explicacion.

El 1.° es lógico con el principio de que este facultad tiene por base el poder patrio. El 2.° obedece á la doctrina de la revocabilidad de los testamentos. El 3.° es hijo de la naturaleza misma de la sustitucion pupilar. El 4.° proviene del derecho de legítimas.

La muerte del impúber acaecida ántes que la del padre, ¿anula la sustitucion? Entienden algunos autores que si la sustitucion se hizo expresa, se rompe la sustitucion, pero no en caso de ser tácita, puesto que ésta comprende la vulgar. No todos, sin embargo, hallan acertada esta doctrina.

Artículo 954.—El padre, madre ú otro ascendiente, pueden nombrar un sustituto á sus descendientes dementes ó locos para el caso en que mueran en este estado y sin haber otorgado testamento legítimo.

Esta sustitucion se denomina ejemplar.

ORÍGENES

Ley 11, tít. V, Partida 6.ª

(1) Hé aquí la ley de Partida: «Si porfijasse algun ome al fijo de otro menor de catorce años en aquella manera que en latin es llamada *arrogatio* e le dejase sustituto en su testamento otro alguno en lugar deste moço, tal substituto non eredara en los bienes del moço: fueras en aquella parte que el mozo deuia heredar de derecho en los bienes de aquel quel porfijó: que es la cuarta parte de todo lo del porfijador, e lo al que le ouiesse dado algun su amigo de aquel que lo porfijó, por amor de aquel su padre adoptivo. Mas los otros bienes que viniessen al moço do parte de su padre natural e legitimo o de otra parte, heredarlos han los parientes mas propinquos: si su padre natural non ouiesse ordenado alguna cosa en rason dellos en su testamento».

COMENTARIO

La sustitucion pupilar consiste, segun del artículo se desprende, en que el padre, madre, abuelos ú otros ascendientes nombren un heredero á sus descendientes que hubieren perdido el juicio, para el caso de que muriesen sin haberlo recobrado y sin haber otorgado testamento legítimo con arreglo á lo que se previene en otras leyes.

Esta sustitucion puede darse lo mismo á los mayores que á los menores de edad, á los emancipados que á los sujetos á la patria potestad, á los hijos que á los nietos y demas descendientes.

En sentir de casi todos los autores, las palabras loco y demente, empleadas por esta ley, deben entenderse comprensivas de las otras incapacidades para testar, tales como la prodigalidad legalmente declarada y hasta la sordera y mudez.

Artículo 955.—En el caso del artículo anterior no podrá designarse como sustituto á un extraño sinó á falta de descendientes, ascendientes y hermanos del incapacitado.

ORÍGENES

Ley 11, tít. V, Partida 6.ª

COMENTARIO

La facultad del ascendiente para designar un sustituto á su heredero incapacitado, no ha de perjudicar los derechos á la legítima que las leyes conceden á determinadas personas; tal es el espíritu de la ley. Esto no obstante, la de Partidas que comentamos nada dice que deje á salvo los derechos hereditarios de los ascendientes del incapaz á quien se designa sustituto. Pero la opinion comunmente admitida es que tambien los ascendientes, como los demas parientes que la ley enumera, deben sacar incólumes sus derechos hereditarios.

La sustitucion hecha á favor de un extraño habiendo hijos, ascendientes ó hermanos, ¿qué valor tendrá? ¿valdrá á lo ménos en el quinto ó en el tercio segun los casos? Aunque no hemos visto tratada esta cuestion en los autores, se comprende desde luégo, por el espíritu que les inspira en cuestiones análogas, que la afirmativa y la negativa encontrarían ilustrados defensores.

La sustitucion dada al impúber demente, ¿es pupilar ó ejemplar?

Artículo 956.—El sustituto nombrado al loco ó demente cesará:

Primero. Si terminase la incapacidad del primeramente instituido.

Segundo. Si le naciese un hijo al incapacitado.

Tercero. Si se revocase el testamento.

ORÍGENES

Ley 11, tít. V, Partida 6.ª

COMENTARIO

«Pero tal substitucion se puede desfazer de tres maneras: la primera si cuando aquel a quien dan substituto es desmemoriado, e despues torna en su memoria. La segunda cuando le nasce fijo o fija. La tercera si aquel que la fizo la revocó por otro testamento que fizo despues». Ademas de estos tres casos, es indudable que si el loco tuviere testamento legítimo otorgado con anterioridad á su estado de locura, ó lo otorgase en un estado de lucidez, se inutilizaría la sustitucion.

Artículo 957.—Tendrá lugar la sustitucion cuando se instituyere á una persona por heredero con la obligacion de entregar á otra el todo ó parte de la herencia en los casos en que expresamente no lo prohiban las leyes.

Esta sustitucion se llama fideicomisaria.

ORÍGENES

Ley 14, tít. V, Partida 6.ª
Ley 27 Setiembre 1820.

JURISPRUDENCIA

La ley 14, tít. V, Partida 6.ª, cuyo objeto es definir y autorizar la sustitucion fideicomisaria, si bien supone la existencia de dos personas, una que tiene la comision ó encargo de entregar la herencia, y otra el derecho de recibirla, no prohibe que la designacion de la segunda sea confidencial (Sent.ª 26 Junio 1862).

La práctica y la jurisprudencia han autorizado que esa designacion se haga, ora en cédulas ó papeles reservados, ora á la misma persona á quien se da la comision (Id. id.).

Sólo ejercitando una accion puramente vincular es como puede entablarse solicitud para que se declare el derecho de suceder en los bienes pertenecientes á una sustitucion fideicomisaria (Sent. 19 Junio 1865).

La obligacion del heredero fiduciario es, con arreglo á la ley 14, tít. V, Partida 6.ª, cumplir exactamente la voluntad del testador (Sentencia 14 Marzo 1866).

La calidad de heredero fiduciario ó de confianza no es un cargo público (Sent. 3 Octubre 1866).

Nombrada una persona heredero fiduciario de otra con el cargo especial de formar un vínculo con los bienes que dejó á fin de qne con sus rentas se socorriesen los parientes del mismo llamados á la sucesion, y cumplido tal encargo por el fiduciario con arreglo á las instrucciones que para ello habia recibido, estableciendo al efecto el órden de suceder con todo lo demas que así respecto de las personas como en cuanto á los bienes debia observarse, quedó constituida una verdadera fundacion vincular (Sent. 3 Octubre 1866).

Segregados de la masa comun de la herencia los bienes de la dotacion de un fideicomiso de confianza y entregados al heredero fiduciario, éste queda desde el momento autorizado para disponer de ellos de la manera que mejor la pareciere para llenar su cometido, sin que sea dado á los albaceas, ni á nadie, residenciar sus operaciones (Sent. 27 Setiembre 1868).

Puede autorizar á sus albaceas para que vendan los bienes procedentes de un fideicomiso de confianza é inviertan su producto en el pago de cantidades tomadas para cumplir el mismo fideicomiso (Id. id.).

La obligacion del heredero fiduciario es cumplir exactamente la voluntad del testador con arreglo á la ley 14, tít. V, Partida 6.ª, que segun sus palabras «que éste es rogado el establecido de esta manera, que debe entregar el dar la herencia á otro así como el testador mandó» (Sent. 8 Mayo 1971).

Cuando el testador, al nombrar á una persona su heredero fiduciario universal, le atribuyó en el testamento todas las facultades de que podria hacer uso en vida el mismo testador, y en los términos absolutos que le tenía prevenido verbalmente y por medio de notas, sin que autoridad ni persona alguna pudiera intervenir sus actos, facultándole al propio tiempo para que si falleciese ántes de cumplir lo dispuesto por él pudiese nombrar heredero que lo ejecutase, es claro que habiéndose verificado el fallecimiento del heredero fiduciario sin haber terminado su cargo, pudo cometerlo á su heredero, sustituyéndole en el fideicomiso (Sentencia 8 Mayo 1871).

COMENTARIO

La sustitucion fideicomisaria tuvo en Roma por principal objeto hacer llegar los bienes á ciertas personas incapaces de adquirir por testamento.

Entre nosotros no puede tener el mismo objeto, lo cual no les ha hecho perder su valor.

«...*Si dijesse el testador: Establezco por mio heredero a F., e ruegole, o quiero, o mando que esta mi herencia que la tenga tanto tiempo e que despues la de e entregue a F... deue dar e entregar la herencia al otro, assi como el testador mandó... E si el establescido eredero non quisiesse recibir la eredad, o despues que la ouiere recibido non la quissiere entregar al otro, puedele apremiar el juzgador del lugar que lo faga*».

El que recibe primeramente la herencia con encargo de trasmitirla se llama *fiduciario* ó *fideyusario*, y aquel á quien se trasmite, *fideicomisario*.

Los fideicomisos pueden ser puros y condicionales, simples y graduales, particulares y universales. *Puro* es aquel en que no se establece condicion alguna. *Condicional* es el que se hace depender de un hecho futuro é incierto. *Simple* cuando no hay más que un grado de sustitucion. *Graduales* cuando hubiere diversos grados ó hubiere de pasar sucesivamente á varias personas. *Particular* el que recae sobre determinadas cosas ó fincas pertenecientes á la herencia. *Universal* el que comprende toda la herencia ó una parte alícuota de ella.

Los fideicomisos de cualquiera de estas clases, ya se otorguen de una manera expresa, ya tácita, valdrán en cuanto no están taxativamente prohibidos por las leyes. Esta prohibicion de las leyes puede hacer relacion á la capacidad de los instituidos, ó á la naturaleza misma del fideicomiso.

En cuanto á lo primero, es evidente que, así el fiduciario como el fideicomisario, han de tener capacidad para adquirir por testamento, debiendo advertir que este último no es preciso designarlo en el testamento, sinó que puede referirse el testador á instrucciones reservadas, notas ó papeles pertinentes al caso; pero entónces no podrá ser fiduciario el confesor de la última enfermedad, sobre todo si hay motivos para suponer que el encargo secreto dado á éste consiste en emplear el producto de los bienes en misas ú otras atenciones privadas (Sentencia 29 Abril 1873).

En cuanto á la naturaleza del fideicomiso, no debe olvidarse que los mayorazgos son una especie de fideicomisos universales y graduales indefinidamente, y que por la ley de 11 de Octubre de 1820 y demas posteriores quedaron aquéllos suprimidos, así como todos los fideicomisos de carácter perpetuo.

Artículo 958.—El heredero sustituído con la obligacion á que se refiere el artículo anterior, podrá reservar para sí la cuarta parte de la herencia con sujecion á las reglas siguientes:

Primera. De dicha cuarta parte habrán de pagarse los demas legados que en el testamento se hicieren á favor del fiduciario.

Segunda. Los frutos percibidos por el primer instituído deberán computarse al percibir dicha cuarta parte.

Tercera. Si el primeramente instituído hizo entrega de los bienes en la época designada por el testador, hará suyos todos los frutos percibidos, aunque excedan de la cuarta parte antedicha.

Cuarta. No se computarán en la cuarta parte y los hace suyos el primer instituído, todos los frutos percibidos, si no habiendo fijado el testador época para verificar la entrega, el segundo heredero es negligente en recoger la herencia.

Quinta. Si el primer instituído resiste ó difiere la entrega maliciosamente, deberá restituir los frutos que excedan de la cuarta parte de bienes á que la ley le da derecho.

Sexta. Si el primer instituído fuere hijo del testador, no se computarán los frutos en la cuarta parte que puede reservarse aunque así lo hubiere dispuesto en el testamento.

Sétimo. El primer instituído contribuirá al pago de las deudas del testador, á prorata de la cuarta parte que se reserva.

Octava. Para que el primer instituído pueda reclamar la cuarta parte á que hace referencia este artículo, habrá de aceptar libremente la herencia.

ORÍGENES

Ley 14, tít. V, Partida 6.ª
Ley 8.ª, tít. XI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Senado Consulto Trebeliánico.—Ley 91, tít. II, lib. XXXV, Digesto.—18, tít. I, lib. XXVI, Digesto.

COMENTARIO

Bajo el nombre de *Cuarta Trebeliánica* se conoció en el Derecho Romano y pasó al nuestro de Partida, la cuarta parte que el heredero fiduciario podía retener á su favor de los bienes que constituían la herencia, cuando lo que especialmente le hubiere sido legado no llegaba á una cantidad igual á dicha cuarta parte.

¿Subsiste hoy la cuarta trebeliánica? Algunos escritores, entre ellos el Sr. La Serna, entienden que apoyándose aquel derecho en la necesidad de que el fiduciario adiese la herencia para que el testamento surtiera efecto, desde el momento en que cesó esta necesidad de la adicion, puesto que sin ella han de cumplirse las disposiciones testamentarias, cesó tambien el derecho de los fiduciarios á retraer aquella porcion de los bienes hereditarios. Otros, por el contrario, Cevallos y Gutierrez por ejemplo, hablan de la cuarta trebeliánica como subsistente, y expresan, que siendo el nombramiento de fiduciario debido al cariño y á la confianza, no se concibe que el testador haga semejante nombramiento sólo por su utilidad y con el mismo fin que pudiera tener al dar cualquier otro encargo, añadiendo, que dar el titulo de heredero á un hombre que nada recibe de la herencia, como no sea el desconsuelo de ver pasar por sus manos la fortuna que ha de enriquecer á una tercera persona, pareceria una burla que la ley no ha podido autorizar.

Nosotros, no creyéndonos con autoridad para resolver la cuestion, hemos colocado en este lugar el artículo que trata de esta materia, á fin de que el lector lo considere vigente ó derogado segun la opinion que encuentre más aceptable.

CAPÍTULO VII

DE LOS HEREDEROS FORZOSOS Y DE LAS MEJORAS

SECCION PRIMERA

DE LOS HEREDEROS FORZOSOS

Artículo 959.—Los hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio son herederos forzosos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.

ORÍGENES

Ley 17, tít. I, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 10, tít. V, lib. III, Fuero Real.
Ley 7.ª, tít. XII, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda esencialmente con: Art. 913 Cód. Francia.—784 Portugal.—805 Italia.—889 Rusia.—765 Austria.—392, tít. II, Partida 2.ª Prusia.—573 Vaud.—1480 Luisiana.—15, cap. III, lib. III, Baviera, etc., etc.

JURISPRUDENCIA

Los hijos deben percibir sus legítimas paterna y materna libres y sin gravámen ni condicion alguna (Sent. 25 Junio 1857).

La legítima, ó sea la parte de herencia que se debe por disposicion de la ley á los herederos forzosos, se funda principalmente en los recíprocos deberes que median entre ascendientes y descendientes, cuya violacion en ningun caso puede autorizarse; y por consiguiente, la renuncia de dichos derechos es rechazada por el espíritu de la misma ley (Sent. 21 Octubre 1865).

Si bien las renuncias de los derechos legitimarios, y áun del de suplemento de legítima, pueden rescindirse con arreglo á la legislacion vigente en Cataluña, cuando en ellas hubiese mediado lesion enorme, es indispensable para que esta rescision tenga lugar que el que la solicite justifique debidamente la existencia de esta lesion (Sent. 24 Setiembre 1875).

Lo que está reprobado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo son los pactos ó transacciones sobre derechos sucesorios futuros (Sentencia 24 Setiembre 1875).

El testador no puede prohibir que los herederos forzosos acudan á los tribunales reclamando la legítima que por la ley y no por la voluntad de aquél les corresponde (Sentencia 4 Junio 1877).

COMENTARIO

Conócese bajo la denominacion de legítima la porcion de bienes que por virtud de la ley han de percibir forzosamente los hijos legítimos no desheredados en la herencia de sus padres ó ascendientes en su defecto, y la que en iguales casos corresponde á los padres y ascendientes en la herencia de sus hijos y descendientes.

Esta porcion ó legítima ¿ha de corresponder á los hijos por voluntad del padre, ó por ministerio de la ley? ó lo que es lo mismo, ¿ha de ser potestativo en el padre concederla ó denegarla?

El orígen de esta cuestion, que se conoce hoy con el nombre de la libertad de testar, no podría fijarse con precision. El pueblo romano y se dice que otros pueblos ántes de él, reconocieron en el padre la facultad de disponer de sus bienes sin limitacion de ningun género. Con suerte varia este principio se ha conservado en algunos puntos. Nuestras legislaciones forales de Aragon, de Vizcaya, de la tierra de Ayala, Llodio y Aramayona, en la provincia de Alava y áun podemos decir que en Navarra, subsiste la facultad del padre para desheredar al hijo libremente y sin necesidad de causa.

La cuestion de las legítimas hace relacion única y exclusivamente á la sucesion testada:

tratándose de la intestada nadie ha negado la preferencia del hijo sobre el extraño á heredar aquellos bienes.

No vamos á entrar en el fondo de este problema: la dimension de esta obra nos lo veda: haremos en su consecuencia solamente algunas ligeras consideraciones.

Los defensores de la libertad de testar no pretenden, si bien examinamos sus doctrinas, más que una cosa: la desheredacion sin causa. Y preguntamos nosotros: ¿no habiendo causa para la desheredacion, puede basarse en ningun principio moral la preferencia del extraño sobre el hijo?

Y si esto es así, si no es la preferencia del extraño la que puede servir de base á la pretendida libertad de testar, es claro que no puede tener otro fundamento que la indignidad, la perversidad, ó la ingratitud del hijo.

Ahora bien, los motivos que el padre puede tener para privar á su hijo del disfrute de sus bienes no pueden ser más que de dos clases. O son de aquellos actos del hijo que constituyen una accion justiciable, ó que áun no siéndolo son de gravedad inmensa y sobre todo pueden apreciarse, medirse y probarse; ó son de aquellos otros actos que escapan á la apreciacion jurídica, que no pueden someterse á la decision de los tribunales, que no se han llegado á traducir en acto alguno sujeto á prueba y que por último entrañan una gravedad mucho más pequeña. Pues bien, con la legislacion castellana, unas y otras causas están previstas; en uno y otro caso el padre tiene en su mano un poder que aplicar, una facultad que ejercer, y son la desheredacion y la mejora. Y entiéndase que al hablar de desheredacion y mejora no las defendemos tal como hoy se hallan establecidas en nuestras leyes: acaso conviniese aumentar el número de causas en la primera: acaso fuera conveniente dar más amplitud al derecho del padre en la segunda. El más y el ménos que no altera la esencia de las cosas, pero que las hace convenientes ó inconvenientes, asi tratándose de legítimas como de mejoras, no son objeto de esta discusion; por eso decimos que acaso el derecho de mejorar pudiera ampliarse y acaso tambien, y sin acaso, debieran reducirse las legítimas.

Pero se dice que las legítimas son un ataque á la libertad del padre. Negamos en absoluto que semejante afirmacion sea cierta; si lo fuera, nos bastaría esta sola consideracion para combatirlas. Para el hombre honrado, para el padre cariñoso que no desoye la voz de la naturaleza, la ley no es una limitacion: marchan tan acordes sus deseos y los deseos de la ley, que no halla jamas un punto donde sienta contrariada su voluntad libre; para él, que cumpliría la ley aunque la ley no estuviese escrita, ¿qué significa esa pretendida limitacion?

Solamente cuando al padre aguijonean intereses bastardos contrarios á aquellos sagrados intereses, es cuando echa de ver que la ley está allí, eterno freno de las pasiones para recordarle los deberes de la paternidad.

Mas si pedimos á la historia datos en confirmacion de nuestra doctrina, encontraremos que en Roma, donde las doce Tablas escribieron *uti legassit suæ rei ita jus esto*, como fórmula del absoluto poder de los padres, y donde por consiguiente el padre usaba ó podía usar de la facultad de donar sus bienes á los extraños en perjuício de los hijos, hubieron los jurisconsultos y los pretores de introducir como remedio á los males que aquello producía, la interpretacion *piadosa* de que no daba grandes muestras de estar en su sano juício el que sin causa alguna atropellaba los sentimientos y deberes de la naturaleza, naciendo entónces la *querella de inoficioso testamento* que anuló la libertad del padre.

En nuestras provincias forales ha pasado algo análogo. Goyena expresa que en Aragon suelen templar el rigor del fuero concediendo al hijo, no sólo los alimentos naturales y precisos, sinó los civiles, que alcanzan á alguna parte de los bienes. Esto demuestra que en cuanto se hace uso de aquella facultad nace la *ficcion* que la destruye; ¿qué queda por consiguiente? El más y el ménos, la legítima en mayor ó menor extension. En su consecuencia preguntamos: si la legítima ha de existir, ya sea por la ley, ya sea por la ficcion, ¿qué es preferible? Dicho esto como explicacion á nuestro juício favorable á las legítimas, solamente hemos de añadir que esta es, por otra parte, la doctrina comunmente aceptada por los Códigos de casi todos los pueblos.

Nuestras leyes señalan este principio de una manera terminante. En su virtud, los hijos legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio, heredan forzosamente á sus padres, áun contra la voluntad expresa de éstos, á no ser mediante justa causa, como diremos en el capítulo de Desheredacion.

Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio de los padres, se consideran iguales que los legítimos.

Artículo 960.—Los hijos legitimados por rescripto real, solamente serán herederos forzosos á falta de hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (12 de Toro).

COMENTARIO

«Si alguno fuere legitimado por reseripto o previlegio nuestro, o de los Reyes que de Nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres o madres o de sus abuelos, e despues su padre o madre o abuelos ovieren algun hijo o nieto o descendiente legitimo o de legitimo matrimonio nascido o legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos o descendientes legitimos en los bienes de sus padres ni madres ni de sus ascendientes abintestato ni ex-testamento. Salvo si sus padres ó madres o abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su anima les quisiesen alguna cosa mandar, que fasta en la dicha quinta parte, bien permitimos que sean capaces y no mas. Pero en todas las otras cosas ansi en suceder a los otros parientes, como en honras e preeminencias que han los hijos legitimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nascidos de legitimo matrimonio».

Todo hijo legitimado tiene los mismos derechos que el legítimo, salvo el legitimado por rescripto, que solamente será heredero forzoso de los bienes de su padre á falta de legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio. Tal es la doctrina de nuestras leyes.

La redaccion de la ley de Toro ha permitido á Palacios Rubios y Gregorio Lopez suponer que si la legitimacion por rescripto del príncipe tenía lugar en época en que existían hijos legítimos, aquél y éstos heredaban juntamente, porque la ley de Toro sólo se ha referido al caso en que los legítimos nacieran con posterioridad á la legitimacion. Acevedo, Gomez, Tello, Matienzo y Llamas entienden por la inversa que en ningun caso, habiendo hijos legítimos, pueden heredar con ellos los legitimados por rescripto, cuya doctrina nos parece más conforme con el espíritu de la ley, pues como dice el primero de los autores que defienden esta opinion, en perjuicio de tercero se presume que el príncipe nada quiso disponer, á lo cual añadimos nosotros que, áun cuando por cualquier motivo pudiere presumirse la voluntad contraria del príncipe, no por eso se perjudicarían los legítimos.

Artículo 961.—Los hijos naturales y espúrios que no sean de dañado y punible ayuntamiento son herederos forzosos de la madre por su órden y grado á falta de hijos y descendientes legítimos.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (9.ª de Toro).

COMENTARIO

En otro lugar hemos dicho cuáles eran los derechos del hijo natural y espúrio. Como aclaracion y confirmacion á la vez de la doctrina expuesta entónces, debemos añadir cómo la ley de Toro «y en caso que no tenga la mujer hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre ó ascendientes legítimos, mandamos que el fijo ó fijos ó descendientes que tuviere, naturales ó espúrios por su órden y grado les sean herederos legítimos ex-testamento é abintestato, salvo si los tales fijos fueren de dañado é punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres ex-testamento ni abintestato».

Segun lo que ya hemos dicho en el lugar correspondiente, se hallan incapacitados para ser herederos, no sólo los hijos de punible ayuntamiento, sinó tambien los sacrílegos. (Véase artículo 928 pág. 456).

Artículo 962.—A falta de las personas designadas como herederos forzosos en los artículos precedentes, lo serán los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes de la misma calidad, salvo el caso en que éstos hubieren instituído á su hijo natural *(a)*.

El hijo natural preferido en el testamento de su padre podrá reclamar alimentos de los herederos de éste *(b)*.

ORÍGENES

(a) Ley 1.ª, tít. XI, Partida 6.ª
Ley 8.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Ley 21, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

Ley 1.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (6.ª de Toro).

Ley 6.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (10 de Toro).

6) Ley 8.ª, tít. XIII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente en la 1.ª parte con: Art. 915 Cod. Francia.—962 Holanda.—502, tít. II, párr. 2.º, Prusia.—1481 Luisiana.—765 Austria.

JURISPRUDENCIA

La obligacion que las leyes imponen á los herederos de alimentar á los hijos naturales de quienes el padre se olvidó ó no hizo mérito en su testamento, es condicional y dependiente de la importancia de la herencia y del estado de fortuna de los primeros (Sent. 18 Setiembre 1860).

El derecho que la ley 8.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, concede al hijo natural para reclamar alimentos con arreglo á la cuantía de la herencia del padre, se halla limitado al caso de que éste en su testamento *non se acordasse de tal fijo*, pues cuando muere intestado sin hijos legítimos, la misma ley da derecho al natural para heredar la sexta parte de los bienes paternos, si bien con la obligacion de dividirla con la madre. La expresada ley no puede entenderse derogada ni modificada en esta parte por las de Toro, las cuales no contienen disposicion alguna relativa á los derechos del hijo natural en la succesion intestada del padre, y por consiguiente debe suplirse el silencio de estas leyes con lo dispuesto para este caso especial por las de Partidas, *guardando lo que en ellas fuesse determinado*, segun así se previene en la 1. de Toro, que establece el órden en las leyes que debe observarse para la decision de los pleitos. Tampoco se ha alterado la disposicion de dicha ley de Partida por la de 16 de Mayo de 1835, ántes al contrario, ha respetado ésta el órden de suceder abintestato anteriormente establecido, concretándose sólo á establecer y crear otros diversos para el caso exclusive de que el que fallezca intestado no deje personas capaces de heredarle con arreglo á las leyes vigentes (Sent. 3 Marzo 1868).

COMENTARIO

El derecho á una parte legítima en la herencia no se limita á los descendientes en la forma y modo que hemos visto en los artículos precedentes. Los ascendientes, cuando no hay descendientes legítimos, son herederos forzosos del hijo, y lo son igualmente de la hija cuando ésta falleció sin dejar descendientes legítimos, naturales y espúrios.

«Los ascendientes legítimos por su órden é línea derecha,—dice la ley 6.ª de Toro,—sucedan ex-testamento é abintestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan fijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de los heredar...».

Mas esta regla tiene una excepcion consignada en la ley 10 de Toro, que en su última parte dice: «Pero si el tal hijo fuere natural y el padre no tuviere hijos ó descendientes legítimos, mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere aunque tenga ascendientes legítimos». Por consiguiente, habiendo hijos naturales, los ascendientes son herederos forzosos abintestato al fallecimiento de su hijo, y lo serán testamentarios si dicho hijo no hubiese preferido instituir al suyo natural. Respecto de la madre, no es en ella potestativo elegir entre el hijo natural y los ascendientes, sinó que siempre habrá de sustituir al primero, con arreglo al artículo anterior.

El hijo natural, por lo tanto, puede anteponerse á los ascendientes de su padre; mas si éste muriere intestado, ó aunque fallezca con testamento si pretirió á dicho hijo natural, tiene éste derecho á ser alimentado; así es que dice la ley de Partidas: «E si por auentura, el padre non se acordasse de tal fijo como este (habla del natural) non dexandole ninguna cosa de lo suyo, estonce los erederos dél son tenudos de le dar lo que le fuere menester para su gobierno, é para vestir é calzar, segun alvedrio de omes buenos, de manera que lo puedan sofrir sin gran su daño».

Mas para que esto tenga lugar se necesita: 1.º que el padre *non se acordasse de tal fijo:* y 2.º que lo permita el estado é importancia de la herencia, así como la fortuna de los instituídos herederos. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, como puede verse en el lugar oportuno.

Artículo 963.—A falta de las personas comprendidas en los cuatro artículos anteriores, nadie tiene derecho á ser instituído

en testamento. No obstante, podrá el hermano reclamar la nulidad del testamento en que se le hubiere preterido, si el extraño instituído en él fuere persona de mala fama.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 12, tít. VIII, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando un fallo se funda en la mala vida de una mujer y declara nula la institucion de heredera, basta esta declaracion para que dicho fallo no pueda ser anulado (Sent. 31 Mayo 1861).

La sentencia que declara válido el testamento en que se aprecia la mala vida y fama del heredero infringe la ley (Sent. 24 Febrero 1866).

La accion que concede la ley 12, tít. VII, Partida 6.ª, á los hermanos desheredados ó preteridos para pedir la nulidad del testamento y la herencia del testador, es para el caso en que sea instituída heredero una persona de mala vida ó infamada (Sent. 13 Mayo 1868).

El que carece de herederos forzosos es libre de instituir por heredero á quien tenga por conveniente (Sent. 4 Febrero 1874).

COMENTARIO

Despues de los enumerados en los artículos precedentes nadie es heredero forzoso ex-testamento. Los colaterales, por consiguiente, no tienen derecho á legítima. Sin embargo, la ley consigna una excepcion á este principio general; es á saber, cuando el testador nombre heredero á persona torpe ó de mala fama, pretiriendo al hermano. Así dice la ley de Partidas: «El testador que non ouiesse pariente de aquellos que descendiessen por la liña derecha o subiessen, estonce maguer ouiesse hermanos o otros parientes de la liña de trauiesso, bien puede establescer a otro por su eredero en su testamento e fazer de lo suyo lo que quisiere. E como quier que non faga emiente del hermano en el testamento nin le dexe ninguna cosa de lo suyo, non le pertenesce al hermano de fazer querella del testamento que el otro su hermano ouiesse fecho, nin lo puede quebrantar. *Fueras ende, si aquel que fuesse establescido por heredero fuesse ome de mala fama.* Ca, seyendo el derecho tal como sobredicho es, estonce bien podria el hermano querellarse ante el juez e quebrantar el testamento en que fuesse establescido por heredero. Pero si este hermano sobredicho ouiesse fecho contra el testador alguna de las cosas porque los hermanos pueden ser desheredados...»

La ley es en general bastante clara. Solamente las palabras *ome de mala fama* son las que han motivado interpretaciones diversas.

Como veremos al hablar de las sucesiones sin testamento, los hermanos que lo son por parte de padre y de madre (carnales), excluyen á los que lo son por uno solo de éstos (consanguíneos y uterinos); ¿sucederá lo mismo cuando se trate de reclamar contra la institucion hecha en persona de mala fama? En caso afirmtaivo, si el hermano carnal no hace la reclamacion, ¿podrá hacerla el consanguíneo ó el uterino?

No hemos visto tratadas estas cuestiones por los comentaristas, ni nosotros pretendemos resolverlas, por más que en principio parezca como que ambas deben contestarse afirmativa, mente.

Gomez se propone esta otra duda: cuando el hermano sustituye genéricamente y sin hacer distinciones á sus hermanos, de los cuales unos son carnales y otros consanguíneos ó uterinos, ¿se entenderán llamados todos ó solamente los carnales? En sentir del mismo comentarista debe suponerse que el testador quiso disponer, con arreglo á lo establecido para las sucesiones intestadas, y que profesaría mayor afecto á los carnales que á los demas. Otros, por el contrario, no admiten distinciones cuando el testador no distinguió pudiendo hacerlo, y dicen que si, por ejemplo, el difunto no tenía más que un hermano carnal, es claro que llamando en plural á sus hermanos, se entenderán tambien instituidos los uterinos y consanguíneos.

Artículo 964.—La legítima de los hijos y descendientes legítimos, será de los cuatro quintos de los bienes (*a*).

La de los padres y ascendientes, será de los dos tercios de los bienes (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 1.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 10, tít. V, lib. III, Fuero Real.
Ley 7.ª, tít. XII, lib. III, Fuero Real.
Ley 8.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (28 de Toro).

(*b*) Ley 1.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (6.ª de Toro).

CONCORDANCIAS

Descendientes: Los arts. 913 Cód. Francia y

196 Holanda señalan como legítima la mitad si queda un hijo, dos tercios si quedan dos, tres cuartos quedando tres ó más.—El 1784 Portugal, los dos tercios.—El 805 Italia, 765 Austria, y 573 Vaud, la mitad.—El 1480 Luisiana, un tercio quedando un hijo, la mitad quedando dos y dos tercios quedando tres.—El 392, tít. II, parte II, Prusia, un tercio quedando uno ó dos hijos, la mitad si son tres ó cuatro y dos tercios siendo cinco ó más.

Ascendientes: El art. 915 Cod. Francia señala la mitad quedando descendientes de ambas líneas, el cuarto si de una sola.—El 807 Italia un tercio en todo caso.—El 562 Holanda la mitad.—Lo mismo el 602, tít. II, part. II Prusia.—El 765 Austria, y 14, cap. III, lib. III, Baviera un tercio.

JURISPRUDENCIA

La legítima de los hijos debe detraerse de los bienes que constituyen la herencia del padre en el dia del fallecimiento (Sent. 4 Junio 1898).

Para fijar las legítimas de los hijos, debe atenderse al valor que tenían los bienes del padre en el dia de su muerte, deduciéndose previamente el importe de las deudas y demas responsabilidades á que los mismos estuviesen afectos (Sent. 20 Junio de 1868).

COMENTARIO

¿En qué cantidad son herederos forzosos los descendientes y los ascendientes? Hé aquí el objeto de este artículo:

Sobre la legislacion romana importada á nuestro pueblo por el Rey Sabio, triunfó la legítima de los Códigos nacionales. El Fuero Juzgo habia dicho: «E si aquel que a fijos ó nietos, si quisiere dar a la iglesia ó a otros logares, de su buena puede dar la quinta parte de lo que ovier...» y el Fuero Real repitió: *Ningun ome que ouiere fijos o nietos, ó dende ayuso que hayan de heredar, no pueda mandar ni dar á su muerte mas de la quinta parte de sus bienes;* doctrina que se confirmó de una manera terminante en la ley 28 de Toro. En su consecuencia, la legítima de los hijos es de las cuatro quintas partes de los bienes hereditarios cuya otra quinta parte es de libre disposicion.

Tratándose de ascendientes se dice en el Fuero Juzgo: Todo ome libre é toda muier libre que non an fiios, ni nietos, ni bisnietos fagan de sus cosas lo que quisieren: nin otro ome de su linaje que venga de suso, nin de traviso pueda desfacer este ordenamiento. Ca aquel que viene en el linaie del parentesco de suso derechamientre, non es nada en tal manera que por natura deba heredar...» es decir, que desconoce la legítima de los ascendientes, y lo mismo repitió el Fuero Real. Más la ley 6.ª de Toro reconoció en los padres y ascendientes legítimos la calidad de herederos forzosos en el caso que hemos tenido ocasion de ver en uno de los artículos precedentes, y ademas señaló su legítima en los dos tercios de la herencia, como se demuestra por estas palabras de la ley... *pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó en otra cosa cual quisieren, lo cual...»*

La ley no señala legítima para los hermanos; ¿cuál, pues, será la que podrán reclamar llegado el caso del artículo anterior? ¿Habrán de limitarse á pedir la parte en que fué instituida la persona torpe, respetando las demas disposiciones del testador? Esta parece ser la solucion más en armonía con el espíritu de la ley.

Artículo 965. — La legítima no admite gravámen, ni condicion de ninguna especie, salvo lo dispuesto en la seccion siguiente.

ORÍGENES

Ley 17, tít. I, Partida 6.ª
Ley 11, tít. IV, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 774 Cod. Austria.—577 Vaud.—725 Cerdeña.—Ley 32, tít. XXVIII, lib. III, Código.

JURISPRUDENCIA

(Sent. 25 Junio 1857.)

Es doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales que los testadores pueden imponer á los herederos legítimos todas las condiciones que la ley III, tít. IV, Partida 6.ª, no prohibe, en lo que graciosamente les dejan (Sent. 3 Marzo 1866).

(Sent. 3 Octubre 1867.)

Si bien, segun la ley 11, tít. IV, Partida 6.ª, no es permitido á los padres imponer gravámen alguno á la legítima de los hijos, «en aquello que deja demas, bien puede el padre poner aquella condicion» (Sent. 30 Marzo 1871).

La ley 11, tít. IV, Partida 6.ª, en la cual se previene *que libremente, é sin ningun agrava-*

miento, é sin ninguna condicion debe haber el fijo su legitima parte de los bienes de su padre ó de su madre, y que ni áun en aquello en que le establece heredero en más de su parte legítima pueda ponerle condicion alguna de las casuales ó mixtas, *é si las pone non empescen al fijo heredero, magüer non las cumplan*, se halla derogada en esta última parte por las leyes 10, tít. VIII, y 11, tít. VI, lib. X, Nov. Rec., en virtud de las cuales se concede á los padres la facultad de disponer del tercio de sus bienes entre sus nietos y descendientes, y del quinto áun entre extraños, así por testamento ó cualquiera otra última voluntad, como por contrato entre vivos: entendiéndose, siempre que usan de ello entre sus descendientes, que los mejoran en el expresado tercio y quinto áun cuando no lo digan expresamente, y pudiendo ademas, segun el contexto de las mismas, imponer á los mejorados el gravámen que quisiesen, así de restitucion como de fideicomiso, «e fazer en el dicho tercio los vínculos é sumisiones que quisieren, con tanto que lo fagan entre sus descendientes, y a falta de éstos, de otros parientes que se citan» (Sent. 14 Mayo 1875).

COMENTARIO

Libremente e sin agrauamento, e sin ninguna condicion deue auer el fijo su legitima parte de los bienes de su padre e de su madre... E si las pone, non empescen al fijo eredero, maguer non se cumplan, pues de lo contrario, podría fácilmente hacerse ilusorio el derecho de los descendientes.

Esto no obstante, en el quinto y áun en la mejora, como veremos oportunamente, pueden imponerse algunas condiciones, siempre que no envuelvan un gravámen perpetuo. En su lugar expondremos la doctrina vigente sobre este punto.

Artículo 966.—La preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos anula la institucion de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

ORÍGENES

Ley 10, tít. VII, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. VIII, Partida 6.ª
Ley 8.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (24 de Toro).
Ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 776, 777 y 778 Cód. Austria.—832 Cerdeña.—589 Vaud.

JURISPRUDENCIA

La nulidad del testamento está justificada desde el momento en que habiendo un nieto que debe ser instituído no lo ha sido (Sent. 24 Enero 1870).

La accion intentada para que se declare nulo un testamento, no nace de contrato, cuasi-contrato ó acto que produzca una obligacion personal, ni se ejercita sobre bienes inmuebles determinados; por todo lo cual no puede calificarse de mero personal, ni de mero real, sinó más bien de accion mixta (Sent. 1.º Diciembre 1874).

COMENTARIO

Lo dispuesto en este artículo es consecuencia necesaria del principio general de legítimas. Es claro que el padre podría intentar por dos medios burlar las prescripciones de la ley: ó pretiriendo al hijo, ó desheredándole sin causa legítima. De los mismos medios podría el hijo hacer uso, si la ley no los hubiere declarado nulos.

La pretericion no es otra cosa que la omision del hijo, ó como dice la ley: *si el padre establesciesse algun extraño u otro pariente por heredero, non faziendo enmiente de su fijo eredandolo nin deseredandolo.*

La pretericion del heredero forzoso produce el efecto de nulidad en la institucion... *el testamento fecho en esta manera non valdría... ante dezimos que el fijo deue auer la eredad de su padre, e el estraño non deue auer ninguna cosa.*

La accion que la ley concede al heredero forzoso preterido recibió el nombre de *querella de inoficioso testamento*. Por las leyes romanas y las nuestras de Partida, el efecto de la pretericion era, no ya el quebrantamiento del testamento, pero *non vale nin es nada.*

Esto no obstante, aquellas leyes dijeron: *cætera namque firma permanent*, y la ley 24 de Toro, en confirmacion de esta doctrina, reformó la de Partida diciendo: cuando el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó exheredacion, en el cual ouiere mejoria de tercio ó quinto, no por eso se rompa, ni menos deje de valer el dicho tercio é quinto como si dicho testamento non se rompiera cuya validez alcanza del mismo modo á los legados en cuanto no sean inoficiosos, pues como

dice Sala (en su ilustracion núm. 3.°, tít. V, lib. II), así lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena más allá del particular en que ocurrió la indignidad ó sin razon que la motivó.

Artículo 967.—Del mismo modo se anula el testamento cuando el heredero forzoso instituído en su porcion legítima lo fuere á título de legado, salvo si lo aceptare sin hacer protesta de ejercitar su accion.

El heredero forzoso á quien el testador dejase, á título de herencia, ménos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de ésta.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. VIII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 30, tít. XXVIII, lib. III, Código.—Novela 115, cap. V.

JURISPRUDENCIA

El que en escritura pública no impugnada legalmente confiesa haber recibido y estar satisfecho de sus legítimas paterna y materna, consignadas en dicho documento, prometiendo no pedir cosa alguna más, reconoce la eficacia de éste, privándole dicha confesion del derecho que pudiera tener para entablar accion sobre el mismo asunto (Sents. 1.° Marzo 1861 y 12 Junio 1863).

A la Sala sentenciadora corresponde apreciar, segun las pruebas, si ha habido lesion en la percepcion de una legítima, y si es ó no reclamable, á cuya apreciacion hay que atenerse ínterin no se alega contra ella que al hacerla se ha cometido infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 13 Marzo 1866).

No cabe reclamar lesion en las legítimas cuando los herederos se han dado por satisfechos de ellas (Sent. 13 Marzo 1866).

No puede pedirse suplemento de legítimas cuando se tiene renunciado á dicho derecho por una escritura pública de época y contentamiento (Sent. 15 Diciembre 1866).

Sent. 9 Febrero 1867.

No puede admitirse como cierta la doctrina de que: «cuando los hijos que premueren al padre dejan hijos, entónces éstos pueden pedir el suplemento de legítima que corresponderia á su padre si viviese, áun cuando éste haya renunciado con juramento á toda otra cantidad, cuya reclamacion la hace ex-persona propia, debiendo tomar á cuenta de la legítima de los abuelos lo que éstos hubiesen dado á sus padres, con tal de que lo donado haya llegado al hijo y no de otro modo» (Sents. 9 Marzo 1867 y 28 Diciembre 1871).

La doctrina relativa á que el consentimiento del heredero prestado á una disposicion testamentaria, por el hecho de recibir alguna cosa dejada en la misma, lleva en sí la caducidad del derecho que pudiera tener para reclamar la nulidad de dicha disposicion, no es aplicable cuando no se trata de la validez ó nulidad del testamento (Sent. 8 Febrero 1868).

El heredero que acepta con sus actos el testamento y recibe la parte de herencia que segun él le corresponde, no tiene accion para reclamar la nulidad del mismo testamento (Sent. 27 Enero 1870).

No se puede aceptar un testamento en la parte que al heredero es favorable, y desecharlo en la que le es perjudicial (Sents. 13 Julio 1872 y 19 Abril 1875).

Cuando con pleno conocimiento de causa se recibe por una persona la parte legítima paterna y materna, dándose por entregado de dichas legítimas, renunciando ademas todos sus derechos sobre el particular, é imponiendo silencio y callamiento perpetuo con pacto firmísimo de no demandar más, es evidente que no probándose que haya concurrido alguna causa que pudiera anular este contrato, la demanda que versa sobre reclamacion de la tercera parte de las indicadas legítimas, sin referirse á vínculos, instituciones y sucesiones sucesivas comprendidas en la reserva hecha, es á todas luces improcedente, porque se opone á lo pactado solemne y claramente (Sent. 18 Enero 1873).

COMENTARIO

El heredero forzoso no solamente tiene derecho á su porcion legítima, sinó que tiene derecho á obtenerla á título universal ó de heredero: de otro modo, puede pedir la nulidad de la institucion; pero si acepta el legado sin hacer la protesta de ejercitar su accion, y más aún si la renunciare, no podrá hacer uso de ella en ningun tiempo.

El heredero forzoso instituido en ménos de su porcion, solamente podrá reclamar el suplemento de legítima. Despues de la jurisprudencia, que ha puesto en claro las dudas que pudieran presentarse en este punto, no há me-

nester el artículo de más extenso comentario.

Artículo 968. —Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán, á peticion de éstos, en lo que fueren inoficiosas ó excesivas.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. IV, Partida 5.ª
Ley 10, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (26 de Toro).
Ley 8.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (28 de Toro).
Ley 5.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (29 de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 920 Cód. Francia.—821 y 1091 Italia.—1789 y 1790 Portugal. —1489 Luisiana.—924 Bolivia.—578 Vaud.—606 Valais.—655 Neufchatel.—Leyes 9.ª y 11, tít. V, lib. XXXIX, Digesto.

COMENTARIO

Es tambien consecuencia inmediata del derecho de legítimas. Así es que la ley de Partida dice: «Mveuense los omes a las vegadas a fazer donaciones porque non han fijos nin han esperança de los auer. E por ende dezimos que si alguno por tal razon diesse a otro todo lo suyo ó gran partida dello, que si despues ouiesse fijo o fija de su muger legitima con que casasse despues que luego que los ha es reuocada por ende la donacion e non deue valer en ninguna manera. E si por auentura alguno que ouiesse fijos legitimos quisiesse fazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera que todauia finque en saluo a los fijos la su parte legitima tambien en vida de su padre como despues de la muerte... e si el padre fiziere mayor donacion puedenla reuocar los fijos fasta en la quantia de la su parte legitima».

El mismo principio sientan las leyes de Toro refiriéndose á casos particulares.

Hablando de la mejora dicen... «E si de mayor valor fuere mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio e quinto e legitima de lo que debian haber de los bienes de su padre, madre e abuelos e no en mas». Cuya doctrina se repite en la ley 28, que trata del quinto. Y por último, la ley 29, hablando de las colaciones, añade... «Si quisieren apartar de la herencia puedenlo fazer, salvo si la tal dote o donaciones fueren inofficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados... a tornar a los otros herederos del testador aquello en que son inofficiosas para que lo partan entre si».

SECCION SEGUNDA

DE LAS MEJORAS

Artículo 969.—El testador puede disponer en vida ó en muerte en favor de cualquiera, aunque sea extraño, de todo lo que no sea legítima rigorosa de sus padres, ascendientes, hijos y descendientes segun lo dispuesto en el artículo 964.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 10, tít. V, lib. III, Fuero Real.
Ley 7.ª, tít. XII, lib. III, Fuero Real.
Leyes 1.ª y 8.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (6.ª y 28 de Toro).

Artículo 970.—Los padres y ascendientes pueden disponer entre vivos ó por testamento á favor de cualesquiera hijos legítimos aunque estén emancipados, hasta del tercio de los bienes que forman las legítimas.

Este tercio se llama mejora.

ORÍGENES

Leyes 9.ª y 10, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (17 y 18 de Toro).

JURISPRUDENCIA

Al mejorar el testador en el remanente del quinto y en el tercio á uno de sus hijos, y al mandar que si moria soltero ó casado, pero sin hijos, lo sustituyeran en la mejora sus hermanos, es evidente que la mejora tuvo efecto para aquél desde el momento que falleció el testador y que al mismo tiempo adquirieron sus

hermanos la esperanza de sustituírle en ella, pero sólo en el caso de que se cumpliese la condicion de morir soltero el primer instituído, ó casado y sin sucesion (Sent. 20 Diciembre 1873).

Si uno de los hermanos falleció ántes que el hermano mejorado y cuando por consiguiente no se había resuelto la condicion, es evidente que no adquirió derecho efectivo á la mejora, ni pudo trasmitirlo á sus hijos (Id. id.).

Cuando el padre ó la madre mejoran algunos de sus hijos ó descendientes en testamento ó en otra postrimera voluntad, ó por contrato entre vivos, *fasta la hora de su muerte la puede revocar cuando quisiere* (Sent. 7 Febrero 1874).

Si resulta que dos cónyuges otorgaron un codicilo, por el que para remunerar los servicios y buenas obras de un hijo ordenaron que llevara por vía de mejora ó como más hubiera lugar en derecho y en clase de usufructo por los días de su vida el tercio de sus bienes, despues de deducido el quinto, con facultad de poderlo consumir si se viese necesitado, y no llegando este caso, por su muerte se dividiera con igualdad entre los demas sus herederos expresados en el testamento, entendidas llanamente y como suenan segun ordena la ley, las palabras de los consortes en ese codicilo, establecen la mejora, en clase únicamente de usufructo, del tercio de todos sus bienes despues de deducido el quinto á favor de su hijo por los días de su vida; sin que pueda admitirse que la facultad que le otorgaron de consumirlo si se viese necesitado, le trasmitiera la propiedad de los mismos, porque esto alteraría la naturaleza esencial de la servidumbre personal de usufructo, que afecta siempre á una cosa ajena, ni por ello implicara tampoco ninguna condicion suspensiva, en cuanto á la adquisicion de tal propiedad por los que debian obtenerla en el caso previsto en dicho codicilo y testamento de los propios consortes (Sent. 20 Noviembre 1878).

COMENTARIO

El padre tiene en sus bienes dos porciones de que puede disponer libremente. La primera es el *quinto*, que es de absoluta y libre disposicion: la segunda es el *tercio*, que se llama tambien mejora, y del cual únicamente puede hacer uso en favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes.

Respecto de la primera porcion nada pueden decir las leyes despues de haber consignado que no está sujeta á limitacion alguna.

En cuanto á la tercera parte, que se llama mejora, nuestras leyes concedieron este derecho al padre en favor de uno determinado de sus hijos: así el Fuero Real dice... *pero si quisiese mejorar a alguno de los fijos ó de los nietos, puedalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobre dicha que pueden dar por su alma ó en otra parte do quisiere...»*

Dentro de la familia castellana el padre no está desprovisto de toda facultad, como alguien ha pretendido. Antes al contrario, su poder y su autoridad están fuertemente robustecidos como era conveniente al buen órden de la familia y á la subordinacion de los hijos, sin cuyas circunstancias sobreviene la desunion y otros males de inmensa gravedad. Las dos armas que la ley ha colocado en manos del padre, son la mejora y la desheredacion. La primera, que supone el premio á la virtud, al cariño, á la sumision, á los servicios prestados, ó acaso es un lenitivo á la desgracia, una compensacion á la desigualdad que á veces existe entre diversos hijos de un padre mismo. La segunda es la represion de los desmanes del hijo, el castigo á su ingratitud, el freno á su desobediencia.

De esta manera, que revela una gran prevision y descubre el espíritu de justicia que animó al legislador, serán imposibles los males é inconvenientes que nacerían del sistema de legítimas llevado á sus más absolutas consecuencias. De este modo, el sistema de legítimas se hace irreemplazable; sus males están previstos; esas funestas consecuencias que alguien temía hallan su límite en las facultades concedidas al padre. En cambio, ¿cómo se cortarian los abusos, los fatales resultados de la libertad de testar? La razon y la historia no han hallado otro medio que las legítimas. Mas si, como ya hemos dicho en otro lugar, las legítimas son susceptibles de modificaciones acaso indispensables, es lógico que tambien las mejoras reclamen alguna perfeccion.

Como los padres han solido disponer del tercio en favor de un hijo á quien por esto se le decía mejorado y demas en favor del mismo hijo de la porcion de que puede disponer libremente, ó sea el quinto, con arreglo á lo que dijimos en el artículo, se introdujo la costumbre de llamar mejora de tercio quinto las efectuadas de esta manera; así es, que en las leyes de Toro especialmente, se une siempre el tercio y el quinto al hablar de mejoras, por más que en realidad sean cosa distinta una y otra, y di-

versas las facultades que sobre ellos tiene el padre.

La mejora es una consecuencia de la facultad de testar, no de la patria potestad; así es que pueden hacerla todos los que pueden otorgar testamento, y no se pierde esta facultad por la emancipacion del hijo, ó por no haber tenido nunca potestad sobre él. Así, puede la madre hacer mejora de tercio y legado de quinto en favor de alguno de sus descendientes con arreglo á las disposiciones de esta seccion.

Artículo 971.—Del mismo modo pueden ser mejorados los nietos y demas descendientes legítimos, aunque vivan sus padres.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. V, lib. III, Fuero Real.
Leyes 2.ª y 10, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (18 de Toro).

JURISPRUDENCIA

Autorizados los testadores por las leyes 2.ª y 10, tít. VI, lib. X, Nov. Rec., para mejorar, en cuanto no exceda del valor del tercio y quinto de su caudal, á sus nietos áun viviendo los padres de éstos, tienen ademas facultades que les conceden la ley 11 del mismo título y libro concordante con la 11, tít. IV, Partida 6.ª, en la parte que no han sido modificadas ni derogadas por otras posteriores, para imponer respecto de dicha mejora el gravámen que quisieren no siendo perpetuo, así de restitucion como de sustituciones y fideicomiso (Sent. 3 Octubre 1867).

COMENTARIO

«El padre o la madre ó cualquier dellos puedan, si quisieren, hacer el tercio de mejora que podían facer a sus hijos o nietos conforme a la ley del Fuero a cualquier de sus nietos ó descendientes legitimos, puesto qae sus hijos, padres de los dichos nietos ó descendientes, sean vivos, sin que en ellos les sea puesto impedimento alguno».

La ley del Fuero permitía que fueran mejorados los nietos; pero se entendía que el nieto solamente podía ser mejorado cuando su padre ó madre hubieren fallecido, es decir, en el caso de que dicho nieto concurriera á la herencia del abuelo por derecho de representacion. La ley de Toro amplió la facultad, permitiendo que fuesen mejorados los descendientes *áun viviendo sus padres*, esto es, cuando no concurren á la herencia del abuelo.

Artículo 972.—Para que la mejora sea irrevocable, es preciso que se constituya por contrato entre vivos y que concurra ademas alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. Que el mejorante haya entregado al mejorado la posesion de las cosas en que consista la mejora.

Segunda. Que ante escribano le haya hecho entrega de la escritura en que estaba constituída.

Tercera. Que la mejora se haya constituído en virtud de contrato oneroso con un tercero.

Sin embargo de lo dispuesto en párrafos anteriores, podrá el mejorante, al tiempo de constituir la mejora, reservarse la facultad de revocarla.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (17 de Toro).

JURISPRUDENCA

Sent. 7 Febrero 1874.

Segun la ley 47 de Toro, la mejora del tercio hecha en favor de alguno de sus hijos ó descendientes en un contrato entre vivos, es irrevocable cuando aquél ha entregado los bienes en que consistía la mejora ó la escritura de la misma ante escribano, ó dicho contrato se hubiese hecho por causa onerosa con otro tercero, así como por vía de casamiento ó por otra causa semejante (Sent. 19 Diciembre 1862).

Las escrituras que en estos casos se otorgan contienen un contrato bilateral de recíprocas obligaciones y derechos para ambos otorgantes; y verificándose el fundamento de la mejora, el mejorado adquiere el derecho á ella y el mejorante contrae el deber de hacerla efectiva, debiendo cumplir esta obligacion los herederos como trascendental á ellos (Id. id.).

Adquirido el derecho de mejora en virtud de contrato oneroso, puede trasmitirle el que lo tenga, ya en vida ya en muerte, al que le hubiere de suceder por testamento ó abintestato (Id. id.).

Si el mejorado así es un hijo y fallece antes que su madre, á ésta se trasmite dicho derecho en el concepto de heredera forzosa, el cual la

constituye acreedora como pudiera serlo otro cualquiera extraño á quien por algun título legítimo de los conocidos en derecho se hubiera trasmitido (Id. id.).

Por un testamento no puede revocarse una mejora consignada en una escritura, porque el testamento es un acto unilateral y éste no es bastante eficaz para destruir la fuerza de un contrato bilateral, pues que entónces estaría en arbitrio de uno de los contrayentes separarse y prescindir de las obligaciones constituídas por su parte (id. id.).

Cuando el mejorante no tiene facultad de revocar la mejora, tampoco la tiene para dejarla sin efecto y hacerla irrealizable, enajenando á una persona extraña y de un modo absoluto el derecho de usar, labrar y cultivar los bienes en que consiste; y en su consecuencia, el mejorado puede reclamar legítimamente la nulidad de la enajenacion (Sent. 30 Octubre 1869).

Hecha una mejora de tercio y quinto á favor de un hijo por escritura y por causa remuneratoria, entregando al mejorado tal escritura como símbolo de la propiedad de los bienes en que consistía, y pactada su irrevocabilidad, se constituye un contrato entre vivos, bilateral, que no puede revocarse por testamento, en atencion á que es la expresion de la voluntad de una de las partes, á la que no le es permitido prescindir de las obligaciones contraidas sin el consentimiento de la otra conforme á lo dispuesto en la Nov. Rec., y á los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo (Sent. 20 Enero 1872).

Sólo tienen el carácter de irrevocables las mejoras hechas de alguna de las maneras contenidas en la ley 17 de Toro (Sent. 7 Febrero 1874).

COMENTARIO

La mejora es un acto de última voluntad, y por lo tanto revocable, lo mismo que todas las disposiciones testamentarias, segun veremos oportunamente, y sin que obste para ello el que se haya hecho entre vivos en forma de donacion ú otro contrato.

Ahora bien; como por derecho comun la donacion hecha al hijo emancipado era válida é irrevocable, se preguntaron los autores: ¿la ley de Toro (17), es correctoria del derecho comun? Antonio Gomez y Gregorio Lopez sostienen que el derecho de Partida queda subsistente despues de la ley de Toro; pretendiendo hacer una distincion entre la donacion de mejora y otra cualquier donacion, lo cual no consiente la ley, porque habiendo establecido la 26, tambien de Toro, que toda donacion hecha al hijo se repute mejora, y siendo la mejora revocable, es evidente que no puede dejar de serlo la donacion, y por consiguiente, que la ley romana ha sido corregida. En este sentido se expresan Acevedo, Matienzo y otros.

Resulta, por tanto, que toda donacion, ó lo que es igual, toda mejora es revocable á voluntad del que la constituyó. Esta es la regla general. Sin embargo, la ley pasa despues á determinar las excepciones á este principio.

Para que la mejora sea irrevocable es preciso que se constituya por contrato entre vivos. Mas no basta esta circunstancia, sinó que es preciso ademas la concurrencia de alguno de los hechos que se enumeran en el artículo que comentamos.

La entrega de la cosa en que consista la mejora la hace irrevocable.

Esta entrega, llamada tambien tradicion, podrá efectuarse bajo cualquiera de las formas que dejamos consignadas en el art. 730, tít. IV, lib. II.

A la entrega de la cosa equipara la ley la entrega hecha ante notario de la escritura en que se constituyó la mejora.

Cuando la mejora se constituye en virtud de contrato oneroso con un tercero, se hace tambien irrevocable; mas como explica Tello Fernandez, núm. 69, no basta que el contrato sea oneroso si no es con algun tercero, ni que sea con un tercero si no es oneroso, sinó que han de concurrir copulativamente ambos requisitos.

Como la ley añade despues: *así como por via de casamiento ó por otra cosa semejante*, han suscitado los autores dos dudas. Primera, si es lo mismo la mejora *pro dote* que la hecha por casamiento, cuestion imposible desde el momento en que una y otra son nulas, como decimos más adelante. La segunda duda es si la mejora remuneratoria está comprendida en las palabras *ó por otra cosa semejante*, en lo cual no vemos inconveniente, siempre que concurran los dos requisitos de que ántes hablamos.

Con ocasion de esta ley examinan tambien los autores la cuestion de si, constituida una mejora y hecha ésta irrevocable por la entrega de los bienes en que consista, lo será no sólo respecto de éstos, sinó de los demas bienes á que ascienda la mejora á la muerte del mejorante, ó lo que es lo mismo, si la entrega de

presente hace revocable la mejora, no sólo de los bienes actuales, sinó tambien de los futuros; las opiniones, como siempre, están divididas (Véase Molina, núm. 27, y Llamas, núm. 34.—Ley 17 de Toro).

Por último, las mejoras que se hayan hecho irrevocables perderán, no obstante esta calidad, *por alguna causa que, segun leyes de nuestros reinos, las donaciones perfectas y con derecho fechas se pueden revocar*, ó si el mejorante se hubiese reservado en el mismo contrato ó documento en que contituyó la mejora, la facultad ó poder para revocarla.

Entienden ademas los autores que la donacion hecha al hijo del quinto de libre disposicion se hace irrevocable en los mismos casos y modos.

Artículo 973. — El que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de ésta no exceda de la medida legal de aquélla; pero no podrá cometerse el señalamiento á otra persona.

Lo determinado en este artículo comprende tambien al legado hecho á favor del hijo, descendiente ó extraño, de los bienes de que puede disponer libremente con arreglo al art. 969.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (19 de Toro).

JURISPRUDENCIA

La ley 19 de Toro, al paso que concede á los padres y abuelos la facultad de señalar en cierta cosa ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejora que hubiese hecho en favor de alguno de sus hijos ó descendientes, les prohibe cometer aquella facultad á otra persona alguna (Sent. 22 Marzo 1870).

COMENTARIO

Dos declaraciones se contienen en este artículo: Primera, que la mejora de tercio y la de quinto, pueden señalarse en cosa cierta que no exceda del valor en que puede consistir la mejora. Segunda, que la facultad de hacer esta designacion no puede cometerse á otra persona.

Con motivo de la primera declaracion dice Covarrubias que la facultad que por esta ley se concede al padre de poder asignar la mejora en cosa determinada, se ha de entender con ta que dicha cosa no sea más excelente que las restantes.

Tello Fernandez dice: que si Covarrubias se refiere al perjuício que puedan tener los otros hijos por la cualidad de la cosa señalada, su doctrina es contraria á las leyes reales, porque segun éstas, el perjuício para que sea verdadero, ha de consistir en la cantidad y no en la cualidad de la cosa. En nuestro sentir, esta cuestion no debiera haber preocupado á jurisconsultos tan ilustres como los citados, pues diciendo la ley *con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare o valiere la tercia parte de todos sus bienes...* es evidente que la única medida legal del tercio, no es sólo la cantidad ni sólo la cualidad, sinó el *valor*, el cual se determina y regula por la cualidad y cantidad á un mismo tiempo, resultando, por tanto, ociosa aquella cuestion.

Si la cosa señalada por el mejorante excede del valor del tercio, deberá reducirse á esta cantidad: pero y si la cosa determinada es de menor valor que el que corresponde á la tercera parte de todos los bienes del testador, ¿deberá completarse en la parte que le falta, ó se entregará al mejorado solamente la cosa señalada? En nuestro sentir esta duda queda reducida á la interpretacion de la cláusula en que se constituyó la mejora, pues si el testador manifestó que mejoraba á su hijo en el tercio y designaba una finca para su pago, es evidente que la voluntad del mejorante era que recibiera, no sólo aquella finca, sinó el tercio, si éste fuere mayor. Si por el contrario, dijese que mejoraba á su hijo en tal casa, ó que le dejaba tal finca en concepto de mejora, nos parece que el aumento no se acomodaría á la voluntad expresa del finado.

En cuanto á que no puede cometerse á otra persona el señalamiento de la cosa en que haya de consistir la mejora, no creemos que necesite explicacion un precepto tan claro, pues aunque parece hallarse en contradiccion con lo dispuesto en otra ley de Toro (la 31), que permite hacer la mejora por comisario, esto se explica, pues, como dice Pacheco, «la designacion de fincas tiene ménos importancia en principio, es más acto de puro favor: por eso cabalmente ofrece mayores peligros de abuso, cuando no está afirmada en la única garantía que la justifica, en la personal discrecion de los propios padres».

Artículo 974.—La facultad de mejorar no puede cometerse á otro.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIX, lib. X, Nov. Rec. (31 de Toro).

COMENTARIO

Al hablar de los testamentos otorgados por comisario nos hicimos cargo de la ley 31 de Toro, en la que se ordenaba que el nombramiento y designacion de la persona del heredero no pudiera dejarse al albedrío del comisario, y que en cuanto á *mejoras*, etc., etc., pueda hacer el comisario aquello que *especialmente* el que le dió el poder *señaló* y *mandó*.

En consecuencia de esta ley se proponian los autores esta duda: ¿podrá el comisario hacer mejora de tercio, si el testador no designó persona que hubiese de ser mejorada? Los comentaristas traducen esta duda en estas palabras: ¿la ley 31 de Toro somete á la voluntad del comisario la sustancia de la disposicion, ó sólo la eleccion y nombramiento de la persona?

Para mayor claridad de esta materia, expresa Llamas que debe suponerse que cuando el testador dice, por ejemplo, mejoro á aquel de mis hijos que eligiese el comisario, entónces deja al comisario la eleccion de la persona del hijo que ha de ser mejorado: pero cuando dice que concede al comisario la facultad de mejorar al que le pareciere de sus hijos, no sólo le concede la facultad de elegir la persona, sinó tambien la sustancia de la disposicion, porque no se le manda que haga la mejora como en los casos de arriba, sinó que deja á su voluntad el que la haga ó no.

En sentir de Tello Fernandez, si el poderdante hubiere cometido al comisario la sustancia de la disposicion, deberá haberle designado persona; y como la comision de que habla esta ley recae sobre la sustancia de la disposicion, de ahí que deba hacerse nombramiento individual y expreso, lo cual no será necesario si sólo se le cometiese el nombramiento.

Matienzo dice que el testador puede encomendar á otro el que haga su testamento y juntamente la mejora, confiando á la voluntad del comisario no sólo la eleccion de la persona, lo cual seria permitido por el derecho comun, sinó la sustancia de la mejora para que la haga á aquel de los hijos que él prefiera.

Otros autores, Gomez, Carpio y Llamas, por ejemplo, explican la ley no admitiendo que dentro de ésta quepa la comision de la sustancia de la mejora. A este fin dice Llamas que las cosas que ha de hacer el comisario no se le ordenan como mera facultad para que las pueda ejercer ó no á su voluntad, sinó como un mandato ó precepto positivo para que las haga, lo cual demuestra con la declaracion que hace la ley del significado del nombramiento de herencia, pues dice que el comisario ha de hacer lo que el testador le mandó que hiciese, es decir, que es un mandamiento positivo, y lo mismo es el de las otras cosas para que le da poder, puesto que en virtud de este señalamiento puede hacer lo que especialmente el que le dió el poder *señalo e mando*, ó lo que es lo mismo que existe aquí señalamiento y mandato, no bastando el primero que no vaya acompañado del segundo. Sí, pues, existe mandato sin que se deje á la voluntad del comisario el hacer ó no aquellas cosas que le ordena el testador, es evidente que la ley no permite que se deje en voluntad de otro la sustancia de la disposicion, y que refiriéndose la ley, como no podria ménos hacerlo, al caso en que se cometiese solamente el nombramiento, es válida la eleccion que el comisario hiciere entre los hijos del testador.

De lo cual se deduce, y nos parece que esta es la verdadera inteligencia de la ley, que la *facultad* de mejorar no puede cometerse á otro, pero sí la *eleccion* del mejorado con arreglo á lo que dijimos en el art. 899.

Artículo 975.—La mejora deberá satisfacerse con bienes pertenecientes al mejorante, salvo si éstos no tuvieran cómoda division, en cuyo caso podrá abonarse en metálico.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (20 de Toro).

COMENTARIO

«Los hijos ó nietos del testador,—dice la ley,—no puedan decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio, ni del quinto de mejoría, que el testador oviere fecho a alguno de sus fijos ó nietos, ó cuando mejorare en el quinto á otra persona alguna, sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejoría del tercio é quinto: ó cuando no lo señaló en la parte de la hacienda que el testador de-

jare, sean obligados los herederos á gelo dar, salvo si la hacienda del testador fuere de tal calidad que no se pueda convenihlemente dividir; que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado ó mejorados el valor del dicho tercio ó quinto en dineros».

La primera disposicion de la ley, esto es, la que se refiere á que la mejora se pague en aquellas cosas señaladamente designadas á este objeto por el mejorante, es innecesaria despues de haber consignado en otras leyes (veánse los artículos anteriores) que el testador pueda señalar la mejora en cosa cierta, pues esta facultad lleva consigo la condicion de que haya de pagarse la mejora en aquellas mismas cosas, sin lo cual la facultad del mejorante seria ilusoria.

Lo demas del artículo es bastante claro.

Suelen los autores, con ocasion de esta ley, estudiar los efectos de la mejora respecto de los frutos de las cosas en que consista.

Generalmente distinguen la mejora hecha por contrato de la hecha por testamento. En cuanto á la primera, si se entregó la mejora de presente el mejorado hace suyos los frutos desde el momento de la entrega, á no ser que ademas se hubiere constituído en virtud de contrato oneroso con un tercero, en cuyo caso los frutos pasan al mejorado desde el momento en que la mejora se constituyó. Si no hubo tradicion, áun cuando haya contrato oneroso con un tercero—dicen—no adquiere los frutos hasta la muerte del mejorante, si hubiere designacion de cosas determinadas y áun cuando la mejora fuere de parte alícuota.

Siendo la mejora testamentaria y de cosa señalada, los frutos corresponderán al mejorado desde el fallecimiento del testador. Tal es poco más ó ménos el resúmen de la doctrina de los autores.

Donde mayores diferencias existen entre éstas es al tratar de dividir los frutos de la herencia durante el período en que se practican las operaciones de testamentaría. Unos autores creen que deben dividirse con igualdad los frutos; otros entienden que la division ha de hacerse á prorata de los haberes y por consiguiente dando á los mejorados el tercio de los frutos ademas de su legítima, como se les da el tercio de los bienes divisibles.

Cualquiera de estas opiniones carece de ley que las apoye directamente; por eso las razones que se aducen son puramente doctrinales.

Artículo 976.—El hijo ó descendiente legítimo, mejorado ó legatario del quinto, puede renunciar la herencia y admitir la mejora ó legado, respondiendo á prorata de éste de las deudas conocidas ó que en adelante se conozcan.

Lo dispuesto en este artículo comprende de igual manera al mejorado en cosa cierta ó en cierta parte de los bienes.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (21 de Toro).

COMENTARIO

Examinan los autores la cuestion de si con arreglo á esta ley el hijo ó descendiente mejorado que acepta la mejora y renuncia la legítima queda en la condicion de heredero ó de legatario, y desde luego resulta que la ley le considera como heredero, puesto que le hace responsable á prorata de su mejora de las deudas que aparecieren contra los bienes del difunto, lo cual no sucede con los legatarios. Así, pues, contra este hijo podrán dirigirse los acreedores directamente como tal heredero, aunque sólo en la porcion correspondiente, lo cual no tenía lugar por la ley de Partidas, pues el acreedor habia de dirigirse contra los herederos (y el mejorado que renunciaba la legítima no lo era), sin perjuício de que los herederos repitieran contra el mejorado á prorata de la mejora.

Lo dispuesto en este artículo, ¿tiene aplicacion al extraño legatario de parte alícuota?

Covarrubias no cree que pueda hacerse extensiva á los legados una disposicion dada exclusivamente para las mejoras. Llamas, al contrario, dice que la ley es aplicable del mismo modo á los extraños que á los hijos, pues no se debe presumir quisiere el testador que fuesen éstos de peor condicion que aquéllos.

La última parte de la ley, con parecer tan clara, ha sido causa de diversas interpretaciones. En el artículo conservamos íntegras las palabras que motivaron las dudas.

Entienden unos que *cosa cierta* es tanto como *cosa determinada*, y por consiguiente, que si el padre dijere, mejoro á mi hijo fulano en tal finca, sería aplicable á esta mejora la obligacion que se consigna en esta ley.

Creen otros que al decir *cosa cierta* no quiso el legislador separarse de la mejora de parte alícuota, y por consiguiente que aquellas pala-

bras no se refieren á *cosa determinada*, sinó al legado de *parte de los bienes*, ó de cuota con asignacion de cosa cierta para su pago, de modo que ora se haga esta asignacion de cosa cierta para el pago de la mejora de cierta parte ó de cuota, ora no se haga, tiene aplicacion el precepto legal que comentamos. Otra debe ser la regla,—añaden,—tratándose de cosa específica, pues si el valor de ésta excede del tercio y quinto deberá rebajarse, y si no excede, ninguna rebaja habrá que hacer, ni tendrá el hijo mejorado precision de dar fianza para la satisfaccion de las deudas que despues se descubran, y áun cuando aparezcan algunas no estará obligado á responder á los acreedores del exceso que haya llevado, sinó únicamente á los herederos. De esta opinion participa Llamas.

Artículo 977.—La promesa de mejorar, hecha por causa onerosa, equivale á mejora.

Si la promesa fuese de no mejorar y se hiciese en escritura pública, será nula toda mejora que se hiciese en contravencion á ella.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (22 de Toro).

COMENTARIO

Con arreglo á esta ley es del mismo modo válida la promesa de favorecerle que la de no perjudicarle.

Dado que la promesa de mejorar es válida, preguntan los autores: ¿la muerte del hijo á quien se prometió mejorar, devuelve al padre la facultad de mejorar á otro de los hijos si aquél murió con descendientes? Gomez y Matienzo dicen que en este caso la mejora corresponde á los nietos, esto es, los hijos de aquel á quien se hizo promesa de mejora y sin que entre estos nietos pueda elegirse ninguno. Si el hijo hubiere muerto sin descendientes, dice Matienzo que recobra el padre la facultad de disponer de la mejora; pero Llamas cree que la accion del hijo se trasfiere á su heredero, á lo que se opone Gutierrez, pues que el hijo premuerto ¿en qué tiempo ha podido exigir al padre que le cumpla la promesa?

Refiriéndose á la segunda parte de la ley no se explican los autores satisfactoriamente la razon de exigirse escritura pública en la promesa de no mejorar, haciendo caso omiso de esta circunstancia en la promesa de mejorar, y se preguntan: la escritura ¿se exige *pro forma* ó *ad probationem*? Resolviendo que es una solemnidad ajena á la prueba, por lo cual dice Gomez que si despues de otorgada la escritura se perdiese podría probarse su contenido por testigos.

¿Podrá el padre mejorar al hijo á quien prometió no mejorar á otros? A excepcion de Gutierrez, en todos los autores hemos visto sostener la afirmativa.

Prometiendo el padre á un hijo en particular, ó á todos en general, no mejorar á ninguno de ellos, ¿podrá mejorar á alguno de sus nietos? Tello Fernandez, ocupándose del caso en que la promesa se hubiere hecho á uno solo de los hijos, dice: que si la promesa ha sido absoluta y espontánea sin que preceda alguna causa precisa ó causativa, es preciso distinguir si de las palabras que usó en la promesa manifestó que no quería mejorar á ningun hijo ó descendiente, como si dijo que hacía la promesa de no mejorar á ninguno de sus hijos para que sucedan todos en la legítima íntegra, ó porque no quería á ninguno, en cuyo caso afirma que no podrá mejorar á ningun nieto, ó si, por el contrario, no expresó indicio alguno en este sentido, y entónces puede mejorar á un nieto. Añade ademas, que en cualquiera de ambos casos, si la promesa se hizo por causa onerosa, la prohibicion de mejorar se extiende á los nietos. La misma opinion sigue Avendaño, Pero Matienzo, Gutierrez, Acevedo y Castillo, la contradicen sosteniendo que la promesa de no mejorar á los hijos alcanza á los nietos.

Llamas afirma que tanto en el caso en que la promesa de no mejorar se haya hecho á un hijo determinadamente con causa ó sin ella, como en el de haberse hecho absoluta y voluntariamente á todos, aunque sea con la expresion de que heredasen por iguales partes, la promesa de no mejorar á los hijos no debe extenderse á los nietos, pues no hay fundamento para extender á los nietos un pacto que sólo habla de los hijos, porque áun cuando es cierto que bajo el nombre de hijos se comprenden los nietos, es sólo en el caso de que les sea favorable, lo cual no sucede en el caso de la duda.

¿Será válida la promesa de no mejorar, hecha á una hija con ocasion de su matrimonio?

Como veremos en uno de los artículos siguientes, la pragmática de Madrid de 1534, prohibió que la hija fuere mejorada con ocasion de matrimonio, lo cual ha hecho que algunos autores susciten esta duda, en nuestro sentir sin motivo suficiente.

Gutierrez y Acevedo sostienen la nulidad de esta promesa; pero la generalidad de los comentaristas opinan que en nada contradice la promesa de no mejorar á lo dispuesto en aquella pragmática, puesto que por la promesa que hace el padre á la hija de no mejorar á ninguno de sus hijos, ni mejora á la hija ni ésta consigue más que su legítima.

La promesa hecha al hijo de no mejorar á otro en tercio y quinto, ¿priva al padre de la facultad de disponer del quinto en favor de los extraños? Gomez contesta que no pierde el padre dicha facultad por virtud de aquella promesa.

Artículo 978.—El tercio en que consiste la mejora se regulará por la estimacion que tuvieren los bienes al tiempo en que falleció el que hizo la mejora.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (23 de Toro).

COMENTARIO

¿Cuál es la razon de este precepto?

Gomez y Matienzo expresan que siendo la mejora legítima del hijo, se regula su valor con respecto al mismo tiempo que se estima la legítima. Llamas contradice esta opinion, expresando que el verdadero fin de la ley fué que no se perjudicaran los hijos. Cualquiera de estas razones pudo tenerla en cuenta el legislador, pero es notorio que ademas tuvo presente que (en el supuesto que el tercio no sea legítima de los hijos) las ocho décimas quintas partes de la herencia cuando ménos, son legítima de los descendientes, y que debiendo computarse éstas con arreglo á la estimacion de los bienes al tiempo en que falleció el mejorante, era absolutamente imposible que el tercio, que son cuatro décimas quintas partes del caudal, es decir, una cantidad igual á la mitad de aquellas legítimas, pueda computarse en época en que los bienes del mejorante sean mayores, á ménos que en la misma época se hiciera tambien la regulacion de las legítimas, lo cual estaba prohibido por la ley. Así, pues, la necesidad de sacar á salvo las legítimas obligó á reducir la mejora que se computó en tiempo en que era mayor el caudal del mejorante, y pareció justo que si por disminucion de aquél sufria limitacion la mejora, participase del aumento que pudiera haberse experimentado en la masa de bienes de la herencia en la época del fallecimiento.

Por esta misma razon contestamos negativamente á la duda suscitada por algunos autores, de si podrá renunciarse esta ley, y por tanto, hacerse la valoracion de la mejora en el tiempo en que se constituyó. Establecida la ley en beneficio de los hijos no mejorados, no puede en perjuício de éstos ser derogada por pacto ó renuncia particulares.

Artículo 979.—El tercio y quinto de mejora hecha en testamento, no podrá sacarse de las dotes, donaciones *propter nuptias* y las demas que los hijos ó descendientes trajeren á colacion ó particion.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (25 de Toro).

COMENTARIO

Para terminar con la duda de si las dotes y las donaciones, asi *propter nupcias* como las demas que los hijos traen á colacion, se dió la presente ley de Toro.

El legislador no creyó que de una donacion pudiera retraerse otra. Lo que en su consecuencia dispone esta ley lo expresa Palacios Rubios en un ejemplo clarísimo: un padre teniendo tres hijos y un capital representado por 100, dotó á su hija en 20; á otro hijo le mejoró en tercio y quinto, y á los tres los instituyó herederos: al fallecimiento del padre, se distribuirán los bienes de la siguiente manera: el hijo sacará el valor de la mejora de tercio y quinto de los 80, tocándole por este concepto 38; los restantes 42 se unirán á los 20 que formaban la dote y se dividirán en tres partes, resultando las legítimas de 21.

Segun cree Llamas, el sentido de la ley es que cuando la dote y donacion que se traen á colacion exceden de la cantidad que corresponde por razon de legítima, no se saque de ellas la mejora de tercio y quinto que el padre hace despues á cualquiera de sus hijos, y la razon de esta decision,—añade,—es la siguiente: Porque cuando lo que se da en dote ó donaciones excede de la legítima, se considera por mejora que el padre hace al donatario, segun la ley 26 de Toro, y una mejora posterior, cual es la que el padre hace al hijo despues que dió la dote y donaciones, no debe extraerse de otra

anterior. En concepto de Llamas, la ley manda que la mejora de tercio y quinto no se saque de las dotes y donaciones que se traen á colacion para evitar que se disminuyan por dicha mejora, pues de otro modo, careceria de su significacion propia la palabra *sacar*, con que siempre que las dotes y donaciones no se disminuyan por la mejora de tercio y quinto, se podrá decir con propiedad que de ellas no se saca dicha mejora, ni que contraviene á la decision de la ley. Por consiguiente, segun esta doctrina, no tiene efecto la ley sinó en cuanto al exceso, siendo necesario, por tanto, que se haya hecho una donacion superior al importe de la legítima.

En el mismo sentido se expresa Ayora, que dice: «Aunque la mejora de tercio y quinto conforme á la ley 25 de Toro, no se puede sacar de las dotes y donaciones *propter nuptias* que los hijos traen á colacion y particion, eso se entiende para efecto que no se saque de las dichas dotes y donaciones lo que tienen recibido, porque lo que tienen recibido más que sus legítimas se entienden ser mejorados en ello, á lo ménos *tempore prædictæ legis Tauri*; pero no para efecto que se dejen de juntar estas dotes y donaciones cuando no exceden de las legítimas con el capital del padre y hacer mayor el cuerpo de bienes que tenía y sacar de todo el tercio y quinto de mejora para que el padre pueda disponer de todo el quinto y tercio de que da la ley facultad para disponer; porque de otra manera seguiriase que el padre no pudiese disponer de todo el quinto de sus bienes entre extraños, ó por su ánima, ni del tercio de todos sus bienes entre sus hijos y descendientes».

Tales son las opiniones que sustentan los tratadistas. Incompetentes nosotros para resolver la cuestion, hemos redactado el artículo de manera que permanezca en pié el problema.

Artículo 980.—Lo donado entre vivos ó dejado en testamento se reputa mejora, en lo que no sean inoficiosas, áun cuando el testador no lo haya expresado.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XV, Partida 6.ª
Ley 10, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (26 de Toro).

Artículo 981.—Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, no podrá considerarse como mejora ni como legado del quinto lo entregado ó prometido por contrato entre vivos, á la hija en concepto de dote, áun cuando el mejorante hubiere expresamente dispuesto lo contrario.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (Pagmática de Madrid de 1534).

JURISPRUDENCIA

La oferta de unos bienes que se hace á una hija por vía de dote y con preferencia á sus hermanos, no es una mejora en el sentido y para los efectos de la ley (Sent. 8 Enero 1861).

COMENTARIO

Contiénese en estos dos artículos una regla y una excepcion. La regla fué dictada para resolver la contradiccion que existia entre la ley 3.ª, tít. IV, Partida 5.ª, y la 4.ª, tít. XV, Partida 6.ª, pues en tanto que la primera declaraba colacionables y por tanto nulas las donaciones, la segunda las declara válidas no siendo excesivas. La ley de Toro las considera como mejora de cosas determinadas, siempre que no excedan de los límites que consienten los derechos de los demas herederos forzosos.

La excepcion fué hija de la necesidad de cortar ciertos abusos nacidos de la ostentacion de los padres y de su deseo de obtener para sus hijas matrimonios ventajosos. En el lugar correspondiente explicamos con mayor detenimiento esta materia.

Artículo 982.—El quinto disponible á favor de extraños se sacará de los bienes con preferencia al tercio en que consiste la mejora.

ORÍGENES

Ley 214 del Estilo.

COMENTARIO

Determínase por esta ley la manera de hacer la detraccion de la mejora y del quinto. Era preciso señalar un órden al practicar aquella operacion, pues no era indiferente ni de iguales resultados cualquiera de los que se admitieran. La ley dispone que de la masa total de bienes que constituyen la herencia se deduzca en primer lugar la quinta parte, que es lo de libre disposicion: del resto, ó sea de las otras cuatro

quintas partes, se hará la deduccion del tercio que en concepto de mejora se aplicará ó distribuirá con arreglo á la disposicion testamentaria en cada caso. El remanente, despues de haber hecho aquellas operaciones, forma la legítima de todos los hijos, dividiéndose por iguales partes.

Para hacer todavía más clara esta idea, téngase presente que por nuestro Derecho la herencia se reputa dividida en quince partes, que se subdividen en esta forma: tres corresponden al quinto, cuatro al tercio, y las ocho restantes á la legítima forzosa de los hijos.

Artículo 983.—El mejorante puede imponer sobre la mejora el gravámen y condicion que quisiere, no siendo perpetuos.

Si el gravámen consistiere en restitucion, sustitucion ó fideicomiso, habrá de recaer en sus descendientes legítimos, descendientes ilegítimos con derecho hereditario, ascendientes y colaterales por el órden en que van enumerados, y sólo en defecto de todos ellos, en favor de extraños.

ORÍGENES

Ley 11, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (27 de Toro).
Art. 1.° Ley 14 Octubre 1820.

JURISPRUDENCIA

Sent. 3 Octubre 1867.
Sent. 14 Mayo 1875.
Es doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, que los testadores pueden imponer á los herederos legítimos todas las condiciones que la ley 3.ª, tít. IV, Partida 6.ª, no prohibe, *en lo que graciosamente les dejan* (Sent. 3 Marzo 1866).

COMENTARIO

La condicion de legítima que se atribuía á la porcion de bienes ó tercio en que consiste la mejora, hacía dudar si podía el padre imponer sobre ella condiciones y gravámenes de ninguna clase. La ley resolvió la duda, si bien dejando vigentes ciertas limitaciones; así no tendrán valor los gravámenes perpetuos que quedaron terminantemente prohibidos por las leyes desvinculadoras, como puede verse en la de 1820 citada.

Suscitan los autores una duda que no deja de tener importancia y es esta: ¿puede hacerse la mejora no habiendo más que un hijo? Desde luégo se comprende la significacion de esta pregunta en relacion con el artículo que comentamos, pues de su resolucion dependerá que el padre pueda ó no imponer gravámen y condicion al hijo único.

Parladorio opta resueltamente por la afirmativa, preguntando por qué razon ha de negarse al padre que tiene un solo hijo lo que puede hacer sin injuria de nadie, concediéndole al que tiene muchos lo que no puede hacer sin ofender á alguno ó á algunos de ellos.

Molina y Llamas solamente admiten un caso en que esto pueda tener lugar, y es cuando el padre entrega al hijo único la posesion de la cosa sin reservarse el usufructo y prévia la aceptacion del hijo, pues resistiéndose á admitirla no tendría efecto.

Gomez y Covarrubias rechazan desde luégo la mejora del hijo único.

En efecto, parece esta doctrina la más conforme con el concepto de la mejora. El objeto de ésta es borrar la desigualdad que habría entre los hijos, si dadas sus condiciones y circunstancias diferentes se distribuyera entre ellos la herencia con igualdad numérica: ahora bien, si su objeto es establecer una igualdad que de otro modo faltaría, es evidente que son precisos cuando ménos dos términos, porque la idea de igualdad es siempre de relacion y comparacion y una y otra son imposibles cuando no hay más que un hijo. Pero ademas de esto, es evidente que el tercio es legítima de los hijos respecto de los extraños, y áun respecto de los hijos mismos es una legítima de eleccion, pudiéramos decir, lo cual supone del mismo modo diversidad de hijos, entre los cuales la eleccion se verifique. La misma palabra *mejora* es notoriamente comparativa.

Artículo 984.—Los gastos de entierro, funeral, mandas piadosas ó cualesquiera otras que el testador hiciere á favor de su alma ó de extraños, habrán de satisfacerse de la porcion de bienes de que puede disponer libremente con arreglo al art. 969.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (30 de Toro).

COMENTARIO

«La cera y missas e gastos del enterramiento

se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador y no del cuerpo de la hacienda aunque el testador mande lo contrario».

El fin de esta disposicion es que el hijo conserve íntegra su legítima, de lo cual deducen casi todos los tratadistas que esta ley no alteró en nada el derecho de prelacion de la deuda dimanada de los gastos de entierro á todas las demas del difunto, reconocido en la ley 12, tít. XIII, Partida 1.ª y 30, tít. XIII, Partida 5.ª

En cuanto á los gastos hechos por la mujer y los hijos para vestirse de luto, no están comprendidos en la disposicion que comentamos, segun expresa Ayora en la parte 2.ª, cuestion 12, núms. 23 y 24. Véase sobre este punto á Tello, núm. 4.

Para regular estos gastos debe tenerse presente lo que dice la ley de Partida (12, título XIII, Partida 1.ª): «aquestas despensas sean fechas mesuradamente catando la persona de aquel por quien son fechas».

CAPÍTULO VIII

DE LA DESHEREDACION

SECCION PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 985.—El heredero forzoso puede ser desheredado por alguna de las causas expresamente señaladas en la ley, y no por otras diferentes.

ORÍGENES

Proem. y leyes 1.ª, 2.ª, 4.ª y 8.ª, tít. VII, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 2.ª, tít. IX, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 768 Cód. Austria.—17, cap. III, lib. III Baviera.—1612 Luisiana.—Novela 115.

COMENTARIO

Cuando con arreglo á la ley de las Doce Tablas, podía el padre disponer de todos sus bienes libremente y en perjuicio de su hijo, no era preciso que el padre justificase de ningun modo su disposicion un tanto contraria á la naturaleza. Por aquel medio que en Roma preparaba las reformas civiles de una manera poco radical, pero no por eso ménos eficazmente, introdujo el pretor una limitacion importantísima á la libérrima facultad del padre, exigiéndoles que alegasen una causa que atenuase el mal efecto de la desheredacion. Más tarde, no bastó una causa cualquiera: aquellas que eran fútiles no pudieron ser tenidas en cuenta, y hubieron de fijarse las causas, sin las cuales la desheredacion no era legítima.

En nuestro Derecho el Fuero Juzgo dijo: *el padre non puede desheredar los fiios ni los nietos por lieve culpa*, cuyo principio fué admitido por el Fuero Real, Fuero Viejo y los fueros municipales.

Hemos dicho en otro lugar, que la autoridad del padre está acompañada de dos poderes que la hacen más respetable y que coadyuvan al sostenimiento de los lazos familiares. De una de estas facultades (la mejora) ya hemos hablado; ahora nos toca estudiar aquella que tiene por objeto el castigo del hijo ingrato, la represion del hijo díscolo, y es la desheredacion. Por ella priva el padre á su hijo de la porcion legítima que habría de percibir con arreglo á la ley, en el caso de no haber incurrido en el justo enojo de su padre.

Desheredar es cosa que tuelle a ome el derecho que habia de eredar los bienes de su pa-

dre, o de su abuelo o de otro qualquier quel tenga por parentesco. Como si el testador dixesse: Desheredo mio fijo, o mando que sea estraño de todos mis bienes, porque tal yerro me fizo. Eso mismo seria, si tales palabras dixesse contra su nieto, o otro qualquier que le deuiesse eredar de derecho.

Ahora bien; el heredero forzoso puede ser desheredado solamente en virtud de causa bastante de las enumeradas y admitidas por la ley y sin que otras causas ó motivos puedan producir aquel resultado. Esto quiere decir la ley con estas palabras: *Ciertas razones son, porque los padres desheredan sus fijos*; y en estas otras: *si el padre deshereda a su fijo por alguna razon cualquier de las que dijimos en las leyes ante desta, si fuere probada, decimos que deue perder el fijo la heredad del padre:* y todavía más explícita y terminantemente en estas otras: *Mas si por alguna otra razon qualquier que no sea de las sobredichas en estas leyes, desheredase el padre a su fijo, non le valdria tal deseredamiento.*

Acaso tanta repeticion parezca redundancia, pero al legislador convenía dejar bien consignado su propósito á fin de que no fuera eludible directa ni indirectamente.

En confirmacion de la misma doctrina y sin alterarla, el Proyecto de Código remacha más esta idea y añade... y no por otras (causas) aunque sean de igual ó mayor gravedad.

Artículo 986.—No puede ser desheredado el menor de diez años y medio.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VII, Partida 6.ª
Ley 6.ª, tít. V, Partida 6.ª

COMENTARIO

Toda desheredacion supone una *causa* que la legitime. Ahora bien; para que un acto de ingratitud, ó un atentado llevado á cabo por el hijo, sea *causa* de desheredacion se necesita algo más que el acto mismo, se necesita capacidad, intencion, discernimiento; por eso la ley, que no presume nada de esto en el menor de diez años, ha dicho: *pueden ser desheredados de aquel de quien descienden si ficieren por que, e fueren de edad de diez años e medio a lo menos.*

Algunos autores, fundándose en que la desheredacion es una verdadera pena impuesta al hijo por algun hecho casi siempre comprendido en el Código penal, suponen que éste ha derogado la ley de Partida en este punto, y que por consiguiente, la edad para desheredar al descendiente, no podrá ser otra que aquella en que pueda imponérsele una pena por los tribunales. Aunque el razonamiento nos parece muy fundado, entendemos que se consigue demostrar con él más la necesidad de reformar la ley civil que la derogacion que se pretende ha tenido lugar virtualmente.

Artículo 989.—En la desheredacion han de observarse las solemnidades que para el testamento se enumeran en el art. 887 ó en el 888 expresándose la causa especial en que se funde.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 10, tít. VII, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. IX, lib. III, Fuero Real

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 585 Vaud.—16, cap. III, lib. III, Baviera.—1611 y 1612 Luisiana.—770 Austria.—Novela 115, cap. III.

COMENTARIO

Que la desheredacion se haga con las solemnidades exigidas para hacer la institucion de heredero es lo que dispone este artículo: donde concurre la misma razon de derecho, idéntico debe ser el precepto. Ademas, la desheredacion es un acto de última voluntad, y por consiguiente carece de valor si en ella no concurrieron las solemnidades que la ley exige para el testamento. Que se exprese la causa especial en que se funde: si sólo en virtud de causa de las que la ley enumere como tales es válida la desheredacion, de necesidad es que el testador diga cuál de las causas es la que ha concurrido en la desheredacion de que se trata; de otro modo sería ilusorio el precepto del artículo 985.

Artículo 988.—No puede desheredarse al heredero forzoso, bajo condicion ni solamente en parte ó en cosa cierta de la herencia.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VII, Partida 6.ª

COMENTARIO

E qualquier á quien deseredassen deve ser

deseredado sin ninguna condicion, é de toda la eredad lo deue deseredar, é non de una cosa tan solamente: e si assi non lo fiziesse non valdriá. Las condiciones no se armonizarian con la naturaleza de la desheredacion; hay ó no causa: hay ó no castigo. En cuanto á la desheredacion parcial, dice el Sr. Gutiérrez: «¿es por ventura está pena una escala de multas que se pueda proporcionar á la gravedad del ultraje?»

Artículo 989.—La prueba de ser cierta la causa de la desheredacion incumbe al testador ó sus herederos.

ORÍGENES

Leyes 7.ª, 8.ª y 10, tít. VII, Partida 6.ª
Ley 7.ª, tít. VIII, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. IX, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 771 Cód. Austria.—16, cap. 3.º, lib. III, Baviera.—585 Vaud.—1616 Luisiana.—Novela 115, cap. III.

COMENTARIO

Pero maguer diga el padre en su testamento razon cierta porque desereda su fijo ó su nieto, non deue ser creido a menos de lo prouar el mismo ó aquellos que establesció por erederos.

...dezimos que el yerro que el padre pusiesse al fijo en el testamento para deseredallo, quel eredero que estableciere, es tenudo de lo prouar: tales son las palabras de la ley de Partidas que se leen en diversos lugares. *Pruébelo por verdadero el testador ó su eredero si el fijo lo negare,* dice el Fuero Real. Esta ley se funda en el principio de que á nadie se le reputa autor de un delito hasta que no se le prueba. La presuncion de honradez subsiste miéntras no se pruebe lo contrario.

Artículo 990.—Por la desheredacion, haya sido hecha ántes ó despues de las sustituciones, se entiende desheredado el hijo en todos los grados.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. VII, Partida 6.ª

COMENTARIO

«*Grados* llaman en latin al establescimiento del eredero que es fecho primeramente, ea la sustitucion que facen despues, quando dan sustituto á aquel eredero: é esto por semejanza. Ca assi como ha en la escalera muchos grados, que el vno está ante del otro, assi en los establescimientos de los herederos ha grados que esta el vno ante quel otro, en que son llamados sustitutos: onde, si el padre deshereda su fijo, en ante del primero grado, ó despues de todos los grados de los erederos institutos é sustituto en su testamento, entiéndese que es deseredado de todos estos grados sobredichos».

Artículo 991.—La desheredacion hecha sin expresion de causa ó por una que no sea de las admitidas por la ley, ó cuya certeza no haya sido probada, anula la institucion de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

ORÍGENES

Leyes 10 y 11, tít. VII, Partida 6.ª
Leyes 1.ª y 7.ª, lib. VIII, Partida 6.ª
Ley 8.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (24 de Toro).
Ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 775 Cod. Austria.—588 Vaud.—Novela, 115 cap. III.

COMENTARIO

Contra el testamento en que se hubiere desheredado al hijo sin justa causa se da la *querella de inoficioso testamento:* «el fijo ó el nieto del testador, o alguno de los otros que descienden dél por la liña derecha que ouiessen derecho de eredarle si muriesse sin testamento: si lo ouiesse desheredado a tuerto é sin razon, puede fazer querella delante el juez para quebrantar el testamento en que lo ouiesse deseredado»: tal es el principio consignado en la ley como consecuencia necesaria de lo que dejamos consignado en los artículos anteriores.

¿Cuáles son los efectos que produce la desheredacion sin causa, ó por causa no admitida por la ley, ó por causa admitida por la ley, pero que no se ha justificado? La misma ley lo dice: *el Juez deue oyr su querella e facer emplazar al que es establescido por eredero en el testamento de su padre: é si fallare que fué desheredado a tuerto o que en el testamento non fué fecha mencion dél, deue él juzgar que tal testa-*

mento non vala é mandar entregar la erencia al fijo ó nieto que se querelló.

El testamento queda por consiguiente nulo; pero esta nulidad no alcanza más que á la institucion de heredero y á lo demas que sea inoficioso; así dicen las Partidas: «Otrosi dezimos que como quier que el fijo o el nieto que fuesse deseredado en el testamento lo quebrantasse por algunas de las razones sobredichas, con todo esso, las mandas que fueron y escritas non se embargan ni se desatan por esta razon», y la ley de Toro añade: «Cuando el testamento se rompiere o anulare por causa de pretericion o ex-heredacion, en el cual oviere mejoria de tercio o quinto, no por eso se rompa, ni menos deje de valer el dicho tercio e quinto, como si el dicho testamento no se rompiere».

Artículo 992.—La accion que compete al preterido ó desheredado para que se declare inoficioso el testamento con arreglo al artículo anterior y al 966, no podrá ejercitarse si se hubieren dejado trascurrir sin proponerla los cinco años siguientes á la aceptacion de la herencia por el instituído.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. VIII, Partida 6.ª

COMENTARIO

¿En qué tiempo podrá ejercitarse la querella de inoficioso testamento? La ley citada establece que *si el desheredado callase e non querellasse fasta cinco años despues que el heredero ouiesse entrado en la eredad, de los cinco años en adelante non se podria querellar, e maguer se querellase, non seria oido.* Ahora bien, la querella de inoficioso testamento es una accion mixta de real y personal, segun ha declarado el Tribunal Supremo por sentencia de 9 de Noviembre de 1867; por consiguiente, ¿prescribirá esta accion, no á los cinco años, sinó á los treinta, término de prescripcion de las acciones mixtas, con arreglo á la ley 73 de Toro? Aunque no he visto tratada esta cuestion por ningun autor, sin embargo, los Sres. Asso, de Manuel, Escriche, La Serna, Gutierrez y áun pudiéramos decir que todos los demas, admiten como cosa corriente, y sin suponer siquiera que el punto sea discutible, que trascurridos que sean cinco años, no podrá el desheredado entablar la oportuna querella, queja ó accion, en demanda de la nulidad del testamento inoficioso. Esto acaso dependa de la marcada prediléccion que muestran los autores á las leyes romanas; mas para nosotros que no podemos anteponer las Partidas á las leyes de Toro, nos parece que aceptada la premisa que la jurisprudencia ha consagrado, de que esta accion es de las llamadas mixtas, es imposible dejar de aplicar la ley nacional prefiriendo la romana. En nuestro sentir, pues, la accion del desheredado no prescribe sinó á los treinta años.

Esto no obstante, siguiendo la comun opinion de los autores, consignamos en el artículo la doctrina de las leyes de Partida, por más que en nuestro sentir está derogada. Sirva esto de advertencia á los que sustenten cualquiera de las dos opiniones.

Artículo 993.—La conformidad expresa ó tácita con el testamento, priva al desheredado de accion para perseguirlo de inoficioso.

Se entenderá tácita la conformidad á que se refiere este artículo cuando el desheredado aceptase manda hecha á su favor, al de su hijo ó persona que se halle bajo su poder, ó si defendiese todo ó parte del testamento como abogado ó procurador, ó de cualquiera otra manera consintiere en el testamento.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. VIII, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

El consentimiento prestado á una disposicion testamentaria por el hecho de recibir el preterido alguna manda dejada en aquélla ó por cualquier otro semejante lleva en sí y con arreglo á la ley 6.ª, tít. XVIII, Partida 6.ª, la caducidad del derecho que pudiera tener á reclamar contra la misma disposicion (Sent. 30 Junio 1865).

Artículo 994.—La reconciliacion posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredacion ya hecha.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 2.ª, tít. IX, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 16, cap. III, lib. III Baviera.

COMENTARIO

El Fuero Juzgo dijo: «*Mas si estos que asi erraron, pidieren merced a sus padres, e los padres los recibieron en amor, e los heredaren non deven perder la heredad por ende, ni les deven retraer aquellos azotes*, y el Fuero Real, participando de la misma doctrina, añadió: *si por ventura padre o madre desheredare por alguna destas cosas a su fijo, o su nieto o visnieto, o dende ayuso, asi como sobredicho es, e despues le perdonare, o le heredare, que sea heredado asi como era antes.*

¿Esta reconciliacion ha de ser expresa ó tácita? Goyena parece indicar que es necesaria la expresa; Voet, por el contrario, dice que en Roma se admitía la reconciliacion áun cuando fuese tácita, pues tanta fuerza tiene una como otra.

Debemos advertir, que áun cuando en el lenguaje de la ley se refiera más á la desheredacion de los descendientes que á la de los ascendientes, las reglas generales sobre esta materia que dejamos comentadas tienen aplicacion de igual modo á unos y otros casos.

SECCION SEGUNDA

DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACION

Artículo 995.—Las causas de indignidad para suceder, señaladas en los números 1.°, 3.° y 4.° del art. 932, lo son tambien respectivamente de desheredacion.

ORÍGENES

Leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. VII, Partida 6.ª

Ley 2.ª, tít. IX, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 770 Cód. Austria.—897 Luisiana.

COMENTARIO

Se ha dudado por los autores, si habiendo incurrido el hijo en una falta y habiendo fallecido el padre sin haber otorgado testamento, debería rechazarse á aquél de la sucesion intestada. Un autor muy ilustrado contesta á esta duda negando *absolutamente* que tal cosa pueda suceder. Nosotros, sin embargo, entendemos que hay diversos casos en que debe contestarse la duda afirmativamente, y son todos aquellos en que la falta en que esté incurso el hijo sea á un mismo tiempo causa de desheredacion y de indignidad para adquirir por testamento ó abintestato, ó sean los comprendidos en los números 1.°, 3.° y 4.° del art. 932, así como el expresado en el número 1.° del artículo siguiente y las tres del art. 999.

Artículo 996.—Lo son ademas contra los hijos y descendientes:

Primero. Haber incurrido el hijo en la indignidad del art. 934.

Segundo. Haber maltratado de obra, injuriado gravemente de palabra, ó intentado prender al padre ó ascendiente que le deshereda.

Tercero. Haberlos acusado de algun delito grave, salvo el de lesa majestad.

Cuarto. Haber procurado un daño de manera que pudiesen perder gran parte de sus bienes.

Quinto. Haberlos abandonado estando en prision, sin intentar dar fianza ó ser fiador para obtener su libertad.

Sexto. Ser el hijo ó descendiente encantador ó hechicero ó tener sociedad con los que lo fueren.

Sétimo. Si el hijo ó descendiente lidiare por dinero con hombres ó fieras ó se hiciere juglar ó cómico contra la voluntad de su padre, á no ser que éste lo fuere.

Octavo. Si la hija se prostituyere no aceptando el casamiento y dote que el padre le haya ofrecido, á no ser que el padre demorase el matrimonio hasta que la hija tenga 25 años.

ORÍGENES

Leyes 4.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª, tít. VII, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. IX, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 767 Cód. Austria.—17, cap. III, lib. III, Baviera. — 589 Vaud.—1613 Luisiana.—Novela 115, cap. III.

COMENTARIO

Las causas de desheredacion del artículo anterior son comunes á los ascendientes, descendientes y colaterales; las comprendidas en el presente sólo podrán alegarse con éxito contra los hijos y demas descendientes.

Nuestras leyes enumeraban otras causas, á más de las expresadas en nuestro artículo, como eran la de volverse el hijo moro, judío ó hereje, la de casarse siendo menor sin el consentimiento de sus padres, y la de contraer matrimonio clandestino, todas las cuales han sido derogadas en virtud de leyes posteriores. La libertad de conciencia consignada en la Constitucion de 1869 y áun la mera tolerancia religiosa que admite la de 1876, han borrado absolutamente todas las diferencias que en el uso de los derechos civiles se establecieron por razon de la diversidad de creencias en las antiguas leyes. La ley del disenso paterno y las disposiciones tridentinas han derogado las otras dos causas que dejamos referidas.

En cuanto á los demas motivos de desheredacion, solamente haremos dos observaciones. La primera, se refiere á la ley del Fuero Real (2.ª, tít. IX, lib. III), que enumeraba entre aquellas causas la de que el hijo «yoguiere con la barragana», sobre lo cual debemos decir á pesar de que algun autor (Escriche) la enumera como vigente, que no puede hoy aceptarse sinó bajo la condicion de dar al concubinato el valor y efectos de otros tiempos, lo cual es inadmisible.

La segunda hace relacion á las causas comprendidas bajo los números 6.º y 7.º de nuestro artículo, pues aunque la opinion pública carece por sí sola de fuerza para derogar las leyes, conviene que una oportuna reforma armonice la ley con las costumbres, ya que éstas han borrado aquellas preocupaciones y aquella nota de infamia que acompañaba á ciertos oficios.

Artículo 997.—Cuando fueren varias las causas de desheredacion que concurran en el hijo ó descendiente, bastará que se pruebe la existencia de una de ellas para que la desheredacion produzca sus efectos.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. VII, Partida 6.ª

COMENTARIO

«Otrosi como quier que el padro pusiese muchas razones destas contra su fijo cuando lo deseredase: si non pudiere todo prouárselo el ó el eredero que fuesse escrito en el testamento, abonda que sea prouada la una cosa tan solamente».

Artículo 998.—Los ascendientes pueden ser desheredados por sus hijos y descendientes:

Primero. Cuando les acusaren de algun delito grave, salvo el de lesa majestad.

Segundo. Cuando el padre atentó contra la vida de la madre, ó ésta contra la de aquél.

Tercero. Cuando el padre abandona al hijo loco ó demente ó pudiendo no le saca del cautiverio.

ORÍGENES

Ley 11, tít. VII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 769 Cod. Austria.—1619 Lusiana.—584 Vaud.—Novela 115 cap. IV.

COMENTARIO

Las causas enumeradas en este artículo para la desheredacion de los ascendientes se deben entender ademas de las comprendidas como de indignidad en el art. 995.

Tambien enumeran las leyes la herejía como causa de desheredacion de los ascendientes. Ya hemos dicho en qué concepto está derogada. Lo demas de esta materia no precisa más minuciosa explicacion.

Artículo 999.—Para la desheredacion del hermano no es preciso alegar justa causa, salvo si la persona instituída fuere de mala fama, en cuyo caso podrá ser desheredado aquél:

Primero. Si hubiere intentado causarle la muerte.

Segundo. Si le acusó de algun delito de los que tienen señalada pena de muerte ó de perdimiento de miembro.

Tercero. Si procuró causarle la pérdida de la mayor parte de sus bienes.

Estas causas lo son de indignidad si el hermano falleciere sin testamento.

ORÍGENES

Ley 12, tít. VII, Partida 6.ª

COMENTARIO

Como el hermano solamente es heredero forzoso en el caso de haber sido postergado á una persona torpe ó de mala fama, solamente tambien en el caso de que se haya instituído á una persona mal enfamada será preciso alegar justa causa para desheredar al hermano. En los demas casos *un hermano puede deseredar a otro con é sin razon: e aunque no fiziesse mencion del en el testamento puede dejar lo suyo a quien quisiere.*

Las causas enumeradas difieren poco en su espíritu de las comprendidas en artículos anteriores. Concurriendo alguna de estas causas, se entiende hecha la desheredacion áun cuando el hermano falleciere sin testamento.

Aun cuando hoy no existen penas que lleven consigo perdimiento de miembro, conservamos estas palabras en el articulo, porque de ellas deducen algunos autores la doctrina de que hay otras penas que pueden equipararse á la citada para los efectos de la desheredacion, toda vez que siendo el espíritu de la ley que sean justas causas tratándose de hermanos, la acusacion de un delito que lleve consigo la pena más grave ú otra inferior, no puede admitirse que hoy subsista sólo la primera, y por lo tanto, que sólo la acusacion de un delito que lleve consigo pena de muerte produzca aquellos efectos, sinó que deberá hacerse aplicacion del precepto legal á los delitos á que la ley señale pena de cadena perpetua, ó cualquier otra que pueda resultar asimilable á la de perdimiento de miembro, del estudio comparativo de las leyes penales de aquella época y las hoy vigentes.

CAPÍTULO IX

DE LAS MANDAS Y LEGADOS

SECCION PRIMERA

DE LAS DIVERSAS CLASES DE MANDAS Y DE SU CUMPLIMIENTO

Artículo 1000.—Toda donacion testamentaria distinta de la institucion de heredero recibe el nombre de manda.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

En el testamento se dispone de los bienes bajo dos distintas maneras: ó á título universal y entónces se llama institucion de heredero y en ello se comprenden las instituciones y fideicomisos universales, ó á título singular y se llama estónces manda ó legado. Al definir estos últimos la ley de Partida se contenta con decir: «*una manera de donacion que deja el testador en testamento ó en cobdicilo, a alguno por amor de Dios ó de su ánima ó por fazer algo aquel a quien se deja*».

Artículo 1001.—El testador puede gravar con legados, no sólo á su heredero, sinó tambien á los mismos legatarios. Pero éstos no deberán cumplirlos en lo que importen más de lo que se les deja.

ORÍGENES

Leyes 3.ª y 6.ª, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. 1.°, tít. XXIV, lib. II, Instituciones.—Ley 2.ª, tít. XLIII, lib. VI, Código.

JURISPRUDENCIA

Cualquiera cuestion que se suscite acerca de si los legados caben ó no en la herencia, debe ventilarse ante el juez del lugar donde el testador otorgó su testamento y falleció y pende el litigio que ha motivado la oposicion de los testamentarios, siendo ademas éstos vecinos del mismo lugar (Sent. 20 Diciembre 1853).

El legado de usufructo de una cosa hecha en Ultramar á favor de un monasterio no puede considerarse como una institucion de mayorazgo, y por tanto no son aplicables á él las disposiciones legales referentes á vinculaciones (Sent. 16 Noviembre 1860).

El recomendar en un testamento á una persona para que por el heredero se le agracie con algo de la herencia consignando que no hay obligacion forzosa, no tiene otra significacion que la de un consejo, pero no la de causa impulsiva, ni ménos final, de dicha disposicion testamentaria (Sent. 9 Octubre 1863).

El que acepta un legado está en la obligacion de cumplir con lo que le ordenó el testador no siendo contra ley ó buenas costumbres (Sent. 19 Octubre 1867).

Es doctrina admitida por el Tribunal Supremo que el heredero voluntario está obligado á cumplir todo lo ordenado por el testador en el testamento (Sent. 22 Febrero 1872).

COMENTARIO

El heredero á quien se gravare con un legado debe cumplirlo íntegramente, salvo el derecho á la cuarta Falcidia de que nos ocupamos más adelante.

El legatario solamente tendrá obligacion de cumplir el legado con que á su vez le hubiere gravado el testador hasta donde alcance la manda que á él se le dejó.

Este precepto bastante claro, unido á lo que en sentido de aclaracion ha confirmado la jurisprudencia, hacen innecesario mayor comentario.

Artículo 1002.—La obligacion á que se refiere el artículo anterior no sólo pesa sobre los inmediatamente instituídos, sinó sobre sus herederos. Salvo si desheredado un menor por su padre, y nombrádole por el mismo un sustituto pupilar para los bienes que herede de la madre, entrase dicho sustituto en la posesion de la herencia, pues entónces no debe cumplir la manda que el padre le impusiere.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

La razon de la última parte de este artículo la da la ley misma: *Ca asaz abonda al padre de poder deseredar á su fijo, é establescer otro por su eredero en lugar dél en los bienes que el fijo ganó de otra parte.*

Artículo 1003.—La obligacion impuesta por el testador al heredero de su heredero de entregar un legado á determinada persona, ó el ruego que el testador dirija á su heredero á fin de que éste grave á su vez al suyo con determinada manda, es válido y debe ser cumplido *(a)*.

Del mismo modo es válida la obligacion impuesta al extraño á quien instituyó por heredero el testador conjuntamente con su hijo, de nombrar á éste por heredero conjuntamente con los suyos.

En este caso el extraño deberá instituir al hijo del testador en una porcion igual á la que recibió, con más los frutos de la misma *(b)*.

Tambien es válida la obligacion impuesta al legatario en cosa cierta, de entregarla á tercero. En este caso el primer nombrado deberá reclamar el legado y en su defecto podrá hacerlo el segundo; mas si por negligencia de aquél se perdiere la manda, deberá satisfacerla siempre que habiéndole mandado otra cosa en el mismo testamento la hubiese recibido, pero no en otro caso á no ser que hubiere mediado engaño *(b)*.

ORÍGENES

(a) Ley 4.ª, tít. IX, Partida 6.ª
(b) Ley 7.ª, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

Las disposiciones de las leyes de Partida en materia de legados pecan de casuísticas. Por esto sin duda resultan distinciones tan poco fundadas como la que existe entre el primer párrafo de este artículo y el artículo siguiente. Para mayor claridad copiamos la ley: «*Si el testador dixesse: quien quier que sea eredero de mi eredero, mando que de á F. tantos maravedis: ó ruego al que ha de eredar lo mio mande á su eredero que faga ó dé tal cosa a otro: tal manda vale é es tenudo de la cumplir el que eredare los bienes del eredero del testador.*

Los demas párrafos del artículo no ofrecen, en nuestro sentir, grandes dificultades para ser perfectamente entendidos.

Artículo 1004.—No obstante lo dispuesto en el párrafo primero del artículo anterior, será nula la obligacion ó gravámen que el testador impusiera á determinada persona para el caso de que ésta llegare á ser heredero de la que aquél instituyó.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

La ley de Partida citada, despues de consignar el precepto contenido en el primer párrafo del artículo anterior, añade: «*Mas si dijesse establezco a tal ome, e si acaesciese que F. (nombrándolo) eredare los bienes deste, mando que dé tal cosa; tal manda non vale, nin es tenudo aquel aquien nombró de la pagar. Porque este atal non es eredero del otro, por juicio del testador, mas por auentura, é por ende non es obligado de pagar la manda. Ca ningund ome non puede obligar á otro que dé alguna cosa por él si non le ouiesse dado algo de lo suyo*». Con razon dice Gutierrez: «mirando á los resultados más que á los términos, pudiéramos disputar la solidez de esa distincion entre el primero y el segundo artículo, porque no es más concreta la primera que la segunda fórmula, y casi lo mismo da decir quien quier que sea heredero de mi heredero, que si Fulano fuese heredero de mi heredero».

Artículo 1005.—Cuando alguno de los instituídos como herederos hubiere sido ademas designado como legatario, podrá percibir la manda áun cuando renuncie á la herencia, á no ser que el testador hubiese dispuesto lo contrario.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

Llámase *prelegado* la manda hecha á favor del instituído heredero, ya lo sea voluntariamente ya lo sea forzoso. Se diferencia únicamente del legado en la persona sobre que recae. Sus efectos son iguales á los de las mandas dejadas á los extraños. Cuando el testador no manifestó de una manera terminante su voluntad de que la herencia y el prelegado fueran indivisibles ó inseparables, la ley faculta al heredero para repudiar la herencia y admitir el prelegado, áun cuando no hubiere otro heredero testamentario que acepte la herencia, puesto que no es necesario que haya heredero para que el testamento valga, y la no aceptacion del instituído no produce la nulidad de las demas partes del testamento.

Artículo 1006.—El heredero que renuncia la herencia queda exento de cumplir los legados. En este caso el llamado á suceder abintestato estará obligado á satisfacerlos.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. IX, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

La ley de Partida consigna el principio de que el heredero instituído que renuncia la herencia, *non es tenudo de cumplir las mandas:* pero añadia que el llamado á suceder abintestato en los bienes del difunto no estaba obligado á satisfacer aquellas mandas, á no ser que su parentesco con el testador fuera del mismo grado que el del instituído que repudió.

Hoy por la ley Recopilada ha quedado subsistente tan sólo la primera parte de áquella, disponiéndose en cuanto á la segunda que en todo caso subsisten; las mandas y legados deberán ser satisfechos por el que fuere llamado abintestato.

Artículo 1007.—La constitucion de la manda y la designacion del legatario ha de hacerse por palabras inteligibles que no de-

jen lugar á duda ni respecto á la cosa legada ni á la persona del legatario.

El error en el nombre de éste no vicia la designacion si resulta clara la voluntad del testador.

ORÍGENES

Leyes 9.ª y 28, tít. XI, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando los legados se consignan en el testamento en términos claros y precisos, es forzoso cumplirlos sin acudir á interpretaciones (Sent. 23 Marzo 1860).

COMENTARIO

La persona del legatario debe ser *nombrada ciertamente de guisa que puedan saber cual es, ó por su nome, ó por otras señas: ca si non fuesse cierta non valdria.*

Si las palabras del testador hiciesen dudar de cuál entre dos ó más personas era el designado por legatario, ya por tener un mismo nombre, ya por cualquier otra circunstancia como ésta, expresan Alberico y otros autores que la decision de la duda, es decir, la eleccion debiera corresponder al heredero como intérprete de la voluntad del testador; el autor citado hasta sostiene como vigente esta doctrina.

Respecto á la designacion de los objetos ó bienes en que consista el legado, la ley 28 exige que con igual claridad se usen palabras *guisadas é convencibles para espaladinar las cosas.* Es, pues, necesario que el testador manifieste claramente su voluntad de legar y en qué consiste el legado. Así la ley dice, por ejemplo; que el legado se constituirá con las palabras *mando, pláceme*, etc.

Por último, el error en el nombre del instituído ó en el de otro cualesquiera que citase el testador al constituir el legado no invalida éste: *ca maguer el testador errasse el nome de algun ome valdria la manda, e non se embargaria por tal yerro, si fuere probado que la entencion del testador era que aquella persona que nombró ouiesse la manda.*

Artículo 1008.—El legado de cosa ajena es válido si el testador, al legarla, sabía que lo era.

En este caso el heredero está obligado á comprarla y entregarla al legatario: no siendo posible comprarla, cumplirá con entregar su justa estimacion.

La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena incumbe al legatario. Esta prueba será innecesaria cuando el legatario fuere pariente del testador.

ORÍGENES

Leyes 10 y 38, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 657 Cod. Austria.—1013 Holanda.—384 Prusia.—664 Valais.—Leyes del tít. XX, lib. II, Instituciones. —Ley 14, párr. 2.º, tít. I, lib. XXXII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Cuando el testador procede con error al disponer de unos bienes por creerlos suyos, no siéndolo, no puede decirse que existe legado de cosa ajena ni de propia, y en su consecuencia no tienen aplicacion al caso las leyes 10, *Cod. de legatis*: 67, párr. 8, *Dig. de legatis*, y 10, título IX, Partida 6.ª (Sent. 7 Octubre 1867).

COMENTARIO

Puede ser objeto del legado no sólo las cosas propias sinó tambien las ajenas, si bien en este último caso la manda queda reducida á la obligacion de comprar la cosa en los casos y forma que se dicen en el artículo. El heredero, pues, deberá comprarla y hacer entrega de ella al legatario; mas si el heredero dixesse que era ajena é tan cara que non lo pudiesse comprar sinó por mucho mas de su valor ó si non la quisiere vender: abonda que entregue la estimacion della...

Mas para ello es preciso que el testador al hacer el legado supiera que aquella cosa era ajena.

La prueba de esto incumbe al legatario como acreedor, á ménos de que el legatario sea pariente del finado.

Artículo 1009.—Cuando el testador legó una cosa empeñada ó hipotecada por todo su valor, el pago de la deuda es de cargo del heredero.

La misma obligacion pesa sobre el heredero si la cosa estuviere empeñada por menor cantidad, á no ser que el testador supiese que estaba empeñada, en cuyo caso, con-

curriendo ambas circunstancias, el desempeño será de cargo del legatario (*a*).

El legado hecho al deudor de la cosa pignorada á responder de su obligacion es válido en cuanto á la cosa misma, pero no extingue la deuda (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 11, tít. IX, Partida 6.ª
(*b*) Ley 16, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Parr. 5.º, tít. XX, lib. II, Instituta.—Ley 57, lib. XXX, Digesto.

COMENTARIO

Ya esté la cosa empeñada ó hipotecada por todo su valor, ó por mayor cantidad ó por cantidad menor, el pago de la deuda á que responde es de cargo del heredero. Esta es la regla general: la excepcion es esta: si la cosa estuviere empeñada por ménos de su valor, y el testador supiere que estaba empeñada, se entenderá legada solamente la diferencia entre lo que importe la deuda y el valor de la cosa legada, y en su consecuencia el desempeño corresponde al legatario.

En cuanto al último párrafo del artículo, el efecto de esta manda es convertir la accion hipotecaria ó pignoraticia del testador y sus herederos en accion meramente personal contra el deudor.

Sin embargo, Bártolo entiende que se extinguiría la deuda y no procedería por tanto reclamacion alguna cuando su importe equivaliese á la estimacion de la cosa legada, porque entónces parece que el testador quiso redimir tambien la deuda principal. No todos los autores admiten como buena esta doctrina.

Artículo 1010.—Cuando el testador legare cosas que todavía no han nacido, debe el heredero entregarlas luégo que existan.

Si hubiere duda sobre su existencia, deberá el heredero dar fianza de entregarla cuando la encuentre y de buscarla á su costa.

ORÍGENES

Ley 12, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

Pueden ser objeto de manda las cosas que no existen con tal que sea posible su existencia futura. La validez de este legado, depende de una condicion, cual es, la de que llegue á existir la cosa legada. Si al fallecimiento del testador no existe la cosa, pero se espera su nacimiento, el heredero cumple con entregarla cuando exista.

Si se dudara sobre su existencia actual, el legatario puede pedir que el heredero afiance *que si la pudiere auer por alguna manera, que gela dé. E el heredero se deue trauajar a su costa por cobrarla.*

Artículo 1011.—Es nulo el legado de cosas que no están en el comercio de los hombres ó pertenecen al patrimonio de la Nacion ó de la Corona.

Esta nulidad alcanza al caso en que los objetos legados válidamente dejarán de hallarse en el comercio de los hombres ó entrarán en el patrimonio de la Nacion ó de la Corona.

ORÍGENES

Leyes 13 y 14, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. 4.º, tít. XX, lib. II, Instituciones.

COMENTARIO

Las cosas á que se refiere este artículo son las pertenecientes á la Iglesia, al Patrimonio, las plazas, exidos, bienes comunes y públicos, etc., etc., bien tuvieran esta condicion al ser legados, bien la adquieran despues.

Artículo 1012.—El legado de un crédito ó de perdon de una deuda, sólo surte efecto en la parte del crédito ó de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador. Si el crédito se hubiere aminorado ó extinguido por el pago voluntario de la deuda, no por eso pierde su eficacia, debiendo el heredero entregar la cosa adeudada ó su estimacion.

El legatario no podrá dirigirse contra el deudor sinó contra el heredero, para que éste exija el pago de la obligacion.

ORÍGENES

Leyes 15 y 47, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párrs. 13 y 21, tít. XX, libro II, Instituciones.

COMENTARIO

Despues de consignar la ley que pueden legarse, no solamente las cosas materiales, sinó los derechos y acciones, etc., etc., como es un crédito, añade: *pero si la debda o cosa que fizo manda el testador, en su vida lo ouiesse demandada e recibida de aquel que gela deuia, non le valdria tal manda nin seria tenudo de dar la estimacion: porque se entiende que la revocó, pues que la demandó é gela dieron. Mas si el debdor de su grado pagasse aquella debda al testador a quien la deuia, non gela demandando, el eredero tenudo seria de dar la cosa o la estimacion; porque pues el debdor la pagó de su grado, non gela demandando el testador, semeja que su entencion fue de la reciuir, como para guardarla, para aquel a quien la auia mandada.*

La ley misma explica los motivos que impulsaron al legislador á dictarla.

Por la ley 47 citada se determina contra quien puede dirigirse el legatario de un crédito: *por tal manda non se entiende que aquel que deuia aver los maravedis del testador los podria demandar a aquel su debdor, a quien mandó que gelos diesse: mas bien puede pedir al eredero del testador que le constriña al otro, de manera que gelos faga dar, e el eredero ha poder de lo fazer.*

Artículo 1013.—Legada una cosa litigiosa es de cargo del heredero seguir el pleito para entregar al legatario la cosa legada si venciere, pero no si fuere vencido en el juicio sin su culpa ni engaño.

Si el legatario desconfiase de la eficacia de la gestion del heredero, puede ser parte con él en el juicio.

ORÍGENES

Leyes 14 y 17, tít. VII, Partida 3.ª

COMENTARIO

Las leyes citadas dicen á este propósito «...que ninguno non puede enajenar el derecho que ouiesse contra otro... pero lo puede fazer en testamento ó en manda... Si aquel que fizo la manda ouiesse ya comenzado a mouer pleyto en juicio, por emplazamiento ó en otra manera... el heredero del finado deue seguir el pleyto sobre aquel derecho que fué otorgado al otro fasta que sea dado juycio acabado sobre él.» En otra ley anterior ya se lee: «E si lo venciere deue entregar a quien fué mandada. E si perdiere el pleito sin su culpa ni engaño, non es tenudo el eredero de dar nada por razon de aquella manda: e si sospechare que el eredero no andará nin seguirá el pleito lealmente puede el mismo si quisiere, ser con el eredero en juycio».

Esto es uno de los tres casos en que la enajenacion de la cosa litigiosa es válida. Véase el título de Compra-venta en este mismo Código.

Artículo 1014.—La enajenacion á título oneroso de la cosa legada, hecha por el testador, no invalida la manda á no constar que fuere otra su voluntad. Lo contrario sucedería si la cosa hubiere sido donada.

ORÍGENES

Leyes 17 y 40, tít. IX, Partida 6.ª
Ley 2, tít. V, lib. III, Fuero Real.

JURISPRUDENCIA

La ley de Partida y Fuero Real que declaran la caducidad de las mandas de cosa determinada cuando con posterioridad se vende ó se manda á otra persona, son inaplicables tratándose de un legado de cantidad y cuando dicha cantidad no se manda á otra persona (Sent. 22 Febrero 1871).

COMENTARIO

La razon de la diferencia establecida en este artículo la da la misma ley: *si la vendiesse ó empeñasse non se desataria nin reuocaria: ante dezimos que aquel a quien fué mandada deue auer el precio porque fué vendida, ó la estimacion, si fue empeñada, porque semeja, que pues el testador la vendió ó empeñó, su entencion fué de lo fazer por mengua que avia, é non por revocar la manda.*

Por el mismo razonamiento hecho *a contrario sensu* se legitima el que por la enajenacion hecha á título gratuito se entienda revocada la manda.

Como estas reglas tienen por objeto interpretar la voluntad del testador que aparece dudosa, sobre las presunciones de la ley está la voluntad de aquél manifestada de una manera terminante y clara.

Artículo 1015.—El legado de cantidad que el testador manifiesta deber al legatario es válido áun cuando no fuese cierta la deuda.

Si la deuda fuese cierta, el legado valdrá únicamente en cuanto baste á cubrir la cantidad adeudada.

ORÍGENES

Ley 19, tít. IX, Partida 6.ª
Ley 15, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

La aclaracion del primer párrafo era necesaria, pues sin ella lo lógico era suponer nulo un legado que aparecía fundado en un error en que habia incurrido el testador.

Como algunos dudaron de la importancia del legado de deuda, los autores han resumido en cuatro sus efectos y ventajas: 1.º por él se puede pedir la deuda luégo que muera el testador, aunque no haya vencido el plazo y si era condicional sin haberse cumplido la condicion: 2.º se hace líquida la deuda que ántes no lo fuese: 3.º se convierte el crédito en hipotecario si era quirografario: 4.º el testamento sirve de título justificativo á falta de otras pruebas. Si no hubiere más pruebas de la legitimidad de la deuda que la disposicion testamentaria, no se podrá reclamar como deuda sinó como legado.

Nos ocurre una duda tratándose del primero de estos efectos: si la deuda consta por documento que trae aparejada ejecucion, ¿podrá ésta entablarse luégo que muera el testador si no hubiese vencido el plazo?

Artículo 1016.—Cuando se legare un objeto que corresponda á un género ó especie determinada por la naturaleza si el testador poseyera varios de aquella especie ó género, la eleccion corresponde al legatario, que no podrá optar por el mejor; si solamente poseyera uno, aquél se entenderá legado, ú otro del mismo valor; si no poseyera ninguno, el heredero comprará uno á su eleccion.

Cuando el objeto legado tuviere determinado el género ó especie á que pertenece, no por su naturaleza sinó por la mano del hombre, si el testador poseyera varios, la eleccion corresponde al heredero, á no ser que hubiere designado señaladamente el objeto: si solamente poseyera uno, aquél se entiende legado; si no poseyera ninguno, el legado no produce efecto.

ORÍGENES

Ley 23, tít. IX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando la institucion hecha en testamento es universal y comprende todos los bienes del testador, mejorando determinadamente á uno de los herederos en el tercio y quinto de ellos, ni puede decirse que se trata de un legado específico ó genérico, ni tiene aplicacion el principio de que en el legado genérico, á diferencia del específico, el aumento ó disminucion en las cosas legadas ni daña ni aprovecha al legatario (Sent. 24 Octubre 1867).

COMENTARIO

El ejemplo de la ley hará más clara esta doctrina. Si el testador mandare á otro un caballo ó simplemente un animal (aquí la especie está determinada por la naturaleza), pueden ocurrir tres casos: ó el testador tiene uno solo, ó tiene varios, ó no tiene ninguno: en el primer caso aquel único caballo debe ser del legatario: en el segundo éste elegirá uno, no siendo el mejor: en el tercero el heredero comprará uno á su eleccion y lo entregará al legatario.

Si el testador manda una casa (aquí el género ó especie se determina por la mano del hombre), pueden ocurrir los mismos tres casos: en el primero aquella única cosa se entiende que es el objeto legado; en el segundo el legatario recibirá una á eleccion del heredero; en el tercero el legado es ineficaz.

Artículo 1017.—El legado de alimentos sin designacion de cantidad se entenderá hecho de una igual á la que el testador acostumbrase á suministrar en vida al legatario en el mismo concepto, y en otro caso será proporcional á la condicion del que los ha de percibir y al caudal que el heredero hubiere recibido.

ORÍGENES

Ley 24, tít. IX, Partida 6.ª
Ley 5.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª

Artículo 1018.—En el legado de eleccion corresponde ésta á la persona que designare el testador y en su defecto ó no haciendo la eleccion en el término de un año, al legatario.

La eleccion es irrevocable.

ORÍGENES

Ley 25, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en su última parte con: Art. 875 Cod. Italia.

COMENTARIO

El legado de una cosa entre dos ó más que el testador designa á fin de que el heredero, el legatario ó una tercera persona escojan cuál de ellas debe entenderse mandada, se llama de opcion ó eleccion. El testador es dueño de cometer esta *escogencia* á quien quisiere; mas despues de trascurrido un año sin que la persona designada haya hecho la eleccion, podrá hacerla el legatario. En el silencio del testador se presume que la dejó en albedrío del legatario.

Artículo 1019.—En el caso del artículo anterior, si fueren dos los legatarios y hubiese desacuerdo entre ellos acerca de la eleccion, se decidirá ésta por suerte, en cuyo caso el favorecido deberá dar al otro la estimacion de su parte.

Muerto el legatario sin haber hecho la eleccion, corresponde ésta á sus herederos, resolviéndose el desacuerdo que entre ellos exista por suerte.

ORÍGENES

Ley 26, tít. IX, Partida 6.ª

Artículo 1020.—El legado de mina se entiende vitalicio, á no haberse dispuesto lo contrario en el testamento.

ORÍGENES

Ley 27, tít. IX, Partida 6.ª

Artículo 1021.—El legado de cantidad determinada que se supone existir en cierto sitio ó lugar, se rige por las reglas siguientes:

Primera. Si en dicho lugar se hallare una suma igual á la legada, el legado es válido.

Segunda. Si se hallare una suma menor, vale el legado únicamente en la parte hallada.

Tercera. Si se hallase una suma mayor, el legado vale en cuanto á la cantidad legada en el testamento.

El menoscabo que sufra la cantidad hallada no perjudica al legatario si se causó por culpa del heredero.

ORÍGENES

Ley 18, tít. IX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Las leyes referentes á legados de cosas ciertas ó especies determinadas, son inaplicables á los de cantidad indeterminada (Sent. 10 Junio 1861).

Artículo 1022.—No se anula el legado por la falsedad de la causa alegada en su constitucion.

ORÍGENES

Ley 20, tít. IV, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 72, parr. 6.º, tít. I, libro XXXV, Digesto.

COMENTARIO

Como el legado no há menester causa, si la que se alegare resultare falsa, *non se embargaria la manda: ante es tenudo el heredero de la cumplir*.

Sin esta disposicion de la ley, hubiera sido lógico considerar nulas aquellas mandas que eran producto de un error del testador, premio de un servicio que en realidad no se prestó, ó símbolo de una gratitud que tiene por base acaso la astucia y el engaño.

Artículo 1023.—La validez del legado puede dejarse á la voluntad del heredero.

Si el testador hiciere la manda á condicion de que á su heredero le parezca justa ó conveniente, es válida á no concurrir causa que la anule, debidamente justificada.

Cuando se dejare á la voluntad de otra persona la manda es nula, pero será válida

si dependiere su valor de una condicion impuesta á un tercero siempre que éste la cumpla.

ORIGENES

Ley 29, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

Los dos primeros párrafos de este artículo se diferencian en que en el primero se usa esta fórmula: *mando a F. tal cosa, si mi eredero quisiere que la haya* ú otra análoga, y en el segundo se emplea esta otra: *dejo a F. tal cosa si entendiere mi eredero que es derecho que lo haya*: ó bien: *dejolo en alvedrio de mi heredero, que si el entendiere que sera bien que haya F. tal cosa, mando que gela de:* ú otra análoga.

Artículo 1024.—En los legados puros, el legatario adquiere derecho á ellos con sus frutos y accesiones desde que muere el testador y lo trasmite á sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 1025 y 1026.

No obstante, si el testador exigiere la aceptacion expresa del legado y el legatario muriere sin haberla hecho, no trasmitirá derecho alguno á sus herederos.

ORÍGENES

Leyes 30, 34, 35 y 37, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1015 y 1018 Cód. Francia.—405 Prusia.—1843 Portugal.—876 Italia.—1010 Holanda.—1629 Luisiana.—1.°, lib. III, cap. VII, Austria.—980 Bolivia.—633 Vaud.—815 Friburgo.—369 Tesino.—704 Valais.—729 Naufchatel.—Leyes 8.ª, 24 y 44, parr. 4.°, libro XXX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Las leyes referentes á legados de cosas ciertas ó especies determinadas son inaplicables á los de cantidad indeterminada (Sent. 10 Junio 1861).

El legado de cantidad indeterminada en que para fijar su importe es necesario que preceda liquidacion, es un legado genérico, y por tanto, no puede aplicarse al mismo la ley 37, título X, Partida 6.ª (Sent. 25 Junio 1861).

Es puro un legado cuando la cláusula del testamento en que se establece no contiene día, tiempo, condicion ni otra cualidad ó circunstancia que suspenda ó difiera su cumplimiento (Sent. 26 Setiembre 1862).

Ni la obligacion con que un testador grave á sus herederos de costear la educacion y alimentos de la legataria hasta que tome estado ó cumpla veinticinco años, ni la pena que imponga á ésta de perder el legado en el caso de pedir soldadas, varían la naturaleza y esencia del legado, el cual como puro empieza á deberse y puede exigirse desde la muerte del testador (Sent. 26 Setiembre 1862).

El privar el testador en un codicilo al padre de la legataria del usufructo del legado, no le obsta para ser heredero de aquélla, para suceder á su defuncion en los derechos adquiridos por la misma, y por consiguiente para reclamar los bienes en que consistía el legado con sus aumentos correspondientes (Sent. 26 Diciembre 1862).

Constituído un legado puro y sin condicion sobre una cosa con el gravámen y condicion precisa de que ha de conservarla para sus hijos, tan luégo como falleciese la testadora se trasmite á éstos por partes iguales la propiedad de aquella cosa (Sent. 29 Diciembre 1863).

La ley 35, tít. IX, Partida 6.ª, ordena quede sin efecto la manda, si aquel en cuyo favor la dispuso el testador no sobrevive á éste (Sent. 24 Setiembre 1864).

El heredero de un legatario puede adquirir el legado, aunque éste no lo haya llegado á poseer y el heredero haya fallecido ántes de entrar en posesion de la herencia, salvo el caso en que la manda esté hecha con condicion (Sents. 19 Diciembre 1864 y 26 Mayo 1865).

La ley 34, tít. IX, Partida 6.ª, si bien establece que en el legado puro ó á dia cierto, el dominio pasa al legatario desde la muerte del testador, esto se entiende cuando aquél es válido, pero no cuando se declara nulo (Sent. 11 Diciembre 1865).

No tiene personalidad para pedir un legado aquel á quien el testador no designa para percibir la cantidad legada, por más que sea padre de los legatarios menores de edad (Sent. 22 Mayo 1867).

Cuando el legado no es condicional sinó á tiempo cierto, pasa á los legatarios la propiedad de la cosa legada, desde la muerte del testador (Sent. 29 Noviembre 1869).

Cuando el legatario muere despues de haber muerto el testador y adquirido, por consi-

guiente, la propiedad de la cosa legada, trasmite ésta á sus herederos, tanto más si el testador mandó que por falta de los legatarios, pasase la cosa á las personas que de ellos derivasen su derecho (Sent. 29 Noviembre 1869).

Los legados especiales no pueden hacerse extensivos á otras cosas que las expresamente mencionadas en los mismos (Sent. 31 Diciembre 1871).

Cuando los demandantes no prueban tener las cualidades necesarias para adquirir un legado, la sentencia que absuelve de la demanda al poseedor de la finca que reclamaban no quebranta en nada la ley 34, tít. IX, Partida 6.ª y doctrina establecida por el Supremo Tribunal segun las cuales el dominio de la cosa legada, cuando es cierta y determinada, pasa al legatario por la muerte del testador y se trasmite al heredero del mismo legatario, aunque éste fallezca ántes de entrar en posesion de la cosa legada, ó ántes de que el heredero del testador éntre en posesion de la herencia (Sent. 28 Diciembre 1872).

COMENTARIO

La declaracion del párr. 1.° de este artículo tiene inmediata aplicacion á dos puntos de importancia. Es el primero el de la trasmision de los legados, esto es, cómo y cuándo trasmítelo el legatario á sus herederos. Es el segundo el que se refiera á los frutos de la cosa legada.

En cuanto al primer punto, dice la ley 34 citada... *luego que el testador es muerto, pasa el señorio de la cosa mandada a aquel a quien es fecha la manda. E maguer muera ante que el eredero del testador entre en la eredad... eredara aquella manda el su eredero*, cuyo principio repite la ley 35. Por consiguiente, con un solo momento que el legatario sobreviva al testador, adquirió derechos si el legado era *puro* y lo trasmitió á sus herederos.

En cuanto á la percepcion de frutos de la cosa legada, nuestro artículo está inspirado en la doctrina comunmente admitida por los autores y que creemos ser la más sana, por más que se separe de la ley.

En la 37 de Partida se dice: *otrosi deue auer los frutos de la cosa mandada, si era del que la mandó, desde que el eredero éntre en la eredad por palabra ó por fecho.*

Los tratadistas se encontraron con una visible contradiccion entre esta ley y la 34 del mismo título y Partida, puesto que en la 34 se declara que el dominio del legado puro se trasfiere en el momento de fallecer el testador, y la 37 ordena que el legatario no perciba más frutos que los producidos desde la adicion de la herencia por el instituído heredero, de lo cual resulta que teniendo el legatario el dominio de la cosa legada, no es dueño de los frutos que produce, lo cual es evidentemente absurdo, pues como dice Castillo, sin la percepcion de frutos no subsiste el dominio, porque resultaria el caso anómalo de que una cosa produjera frutos para otra persona que no tiene sobre aquélla derecho alguno.

Esto supuesto, los comentaristas, unos ateniéndose á la consideracion hecha por Castillo, otros apoyándose en que por la ley 1.ª, tít. IV, lib. V, de la Recopilacion (1.ª, tít. XVIII, libro X, Nov. Rec.), para que sea válido el testamento no es preciso, ni que haya institucion de heredero ni adicion de la herencia, resuelven la duda ó contradiccion que existe entre ambas leyes, en el sentido de que los frutos del legado puro en cosa propia del testador se deben al legatario desde la muerte de aquél. Tal es la opinion sustentada por Búrgos de Paz, Matienzo, Angulo, Gomez, Febrero y Llamas, del mismo modo que por los señores Gutierrez, La Serna y otros.

Algunos de éstos, sin embargo, distinguen dos clases de legados, los específicos y los genéricos, segun se constituyen en cosa cierta y determinada, ó en cosas sujetas á peso, número y medida, ó que áun siendo específicos no se ha determinado cuáles han sido mandadas, limitando al legado específico aquella resolucion, y añadiendo que en el genérico no se trasfiere el derecho á los frutos, sinó desde la adicion de la herencia por el heredero. Algunos afirman que solamente desde que se verifica la tradicion del legado genérico se deben los frutos. Estas doctrinas son combatidas por otros autores y, en una palabra, son tantas las opiniones y los razonamientos con que se trata de salvar la contradiccion de aquellas leyes y su fuerza de obligar despues de la Recopilada, que no es posible que las expongamos ni áun en extracto.

Nosotros hemos aceptado en el artículo la que parece admitida generalmente y está más en armonía con los principios fundamentales del dominio, habiendo sido aceptada por casi todos los Códigos. Sin embargo, hacemos constar que las palabras del legislador que hemos copiado arriba parecen indicar otra cosa, y so-

bre todo que ambas soluciones cuentan con ilustrados defensores.

En Llamas—*Comentarios á las leyes de Toro*—ley XX, números del 12 al 56, se trata esta materia con detenimiento.

Artículo 1025.—En los legados puros cuando lo mandado fueren derechos de usufructo, el legatario no adquiere derecho á ellos hasta la adicion de la herencia por el heredero.

ORÍGENES

Ley 35, tít. IX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 24 Setiembre 1864.

Artículo 1026.—Cuando la cosa legada fuere ajena, deberá el heredero entregarla con sus frutos ó su estimacion desde que la adquirió, y en otro caso desde el dia en que la reclamare el legatario.

ORÍGENES

Ley 37, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

Si fuese agena deuela comprar el heredero é darla aquien el testador mandó. E si non la quisiese comprar é el que la ouiesse a auer le dixesse que la comprasse, si la cosa fuesse atal que del tiempo que la pidió pudiesse llevar fruto tenudo es de darle aquella cosa, con los frutos que despues saliessen della ó la estimacion de todo.

Estos dos artículos forman la excepcion del principio general de que el dominio, y por consiguiente los frutos del legado, se trasfiere en el mismo momento de fallecer el testador.

Artículo 1027.—Cuando el testador hubiere autorizado á su heredero á pagar la manda cuando quisiere y éste muriese sin haberla satisfecho, su heredero deberá pagarla tan luégo como éntre en la posesion de la herencia.

ORÍGENES

Ley 30, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

En sentir de Lopez, si el heredero declarase que no quería prestar el legado, ni él ni su heredero estarían obligados á darle.

El Sr. Gutierrez se opone á esta inteligencia, pues, la ley no dice *si quisiere* sinó *cuando quisiere*, es decir, que el precepto es afirmativo, no condicional.

Artículo 1028.—En los legados condicionales el legatario no adquiere derecho á ellos sinó mediante el cumplimiento de la condicion, y no trasmite derecho alguno á sus herederos si murió ántes de haberla cumplido.

ORÍGENES

Leyes 31 y 34, tít. IX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando se lega en propiedad y posesion para siempre, aunque con la obligacion ó gravámen de que en el caso de morir sin sucesion el legatario pasen los bienes á otras personas, el legatario adquiere de derecho el pleno y absoluto dominio del legado, sin que el heredero testamentario pueda alegar ninguno á tales bienes si fallece ántes que el legatario el que habría de adquirirlos despues (Sent. 24 Marzo 1857).

Los legados limitados á cierto tiempo no deben confundirse con los condicionales; y por tanto no son aplicables á aquéllos las leyes que tratan de la clase y efectos de las condiciones (Sent. 23 Enero 1860).

Cuando se establece un órden numérico para el pago de pensiones ó legados condicionales hechos á varias personas, no basta para que cada legatario pueda exigir y obtener su legado, el que haya llenado por su parte la condicion que el testador le impuso, sinó que es preciso ademas esperar á que llegue el turno de su respectiva numeracion (Sent. 26 Noviembre 1861).

Cuando una institucion de heredero es condicional, interin se cumple la condicion no puede tener efecto ni dar derecho alguno. Hasta el cumplimiento de la condicion tampoco puede estimarse la prescripcion contra un tercero que alegare derechos á dicha herencia (Sent. 27 Junio 1867).

Segun doctrina repetidamente consignada por el Tribunal Supremo, en toda institucion hereditaria, é igualmente en las sustituciones, es requisito indispensable que el instituído, y el sustituto en su caso, tengan capacidad para

aceptar la herencia, al cumplirse la condicion impuesta por el testador (Sents. 24 Abril, 28 Setiembre 1867, 13 Marzo y 15 Junio 1868).

No habiendo llegado el día prefijado por el testador para el pago de un legado, no puede pedirse que éste se haga efectivo, sin que la sentencia que así lo determine infrinja el testamento (Sent. 18 Noviembre 1870).

Si bien la ley 34, tít. IX, Partida 6.ª dispone que la manda hecha bajo condicion, muriendo el legatario ántes de cumplirse, no vale ni la puede pedir su heredero, sinó que debe haberla el heredero del testador, no es aplicable esta disposicion al caso en que los hijos del testador no pudieron adquirir por testamento los bienes del remanente, del quinto dejado en usufructo á su madre, no habiendo sobrevivido ésta, siendo tal la condicion establecida en dicho testamento (Sent. 13 Octubre 1879).

COMENTARIO

Este es el precepto general que sienta la ley de Partida. En su aplicacion sufre algunas modificaciones, segun la clase de condicion de que se haya depender su validez. En el capítulo inmediato, al tratar de las condiciones objeto y fin de las disposiciones testamentarias, estudiaremos con algun más detenimiento esta materia.

La doctrina sentada por jurisprudencia nos releva de ser más extensos.

Artículo 1029.—El heredero que maliciosamente trasladare la cosa legada á punto diferente de aquél en que haya de entregarse al legatario, deberá volverla á su costa.

ORÍGENES

Ley 48, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

La ley 48 que citamos carece hoy de aplicacion en su mayor parte. Ha quedado vigente tan sólo en la parte que dice nuestro artículo. Respecto al lugar donde puede reclamarse el legado y forma de entablar la reclamacion, véanse art. 309, regla 17, y art. 410 de la Ley orgánica del poder judicial y art. 406 de la de Enjuiciamiento civil.

Artículo 1030.—Son nulas todas las disposiciones testamentarias en lo que sean contrarias á las leyes y buenas costumbres.

ORÍGENES

Ley 23, tít. IX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando al legarse una casa á una cofradía de ánimas, dispone el testador que si llega á imposibilitarse la cofradía de ejercer el dominio que por tal legado se le encomienda, jamas pase la casa á bienes del Estado, sinó que se enajene desde luégo por el Ayuntamiento del pueblo con aplicacion de sus productos á determinado objeto, la cláusula condicional y precautoria remueve en esta parte el gravámen perpetuo de vinculacion y amortizacion de la casa (Sent. 11 Diciembre 1861).

Cuando se lega á un cura una casa como verdaderamente rectoral, aunque el legado fuera ineficaz por las leyes del reino al tiempo de hacer el testamento, es, sin embargo, válido si el testador murió despues de celebrado el Concordato de 1851 (Sent. 11 Diciembre 1861).

Por la Real Cédula de 30 de Mayo de 1830, comprensiva del auto 3.º, tít. X, lib. V, Novísima Rec., y de todo lo demas que sobre la propia materia se había mandado y resuelto posteriormente á propuesta del Supremo Consejo de Castilla, se halla dispuesto: 1.º Que no valgan las *mandas* que fueren hechas en la enfermedad de que uno muere, á su confesor, sea clérigo ó religioso, ni á deudo de ellos, ni á su iglesia ó religion: 2.º Que tampoco valgan las *herencias dejadas en iguales circunstancias* á los expresados confesores, sus parientes, religiones ó conventos: Y 3.º que cuando los testadores dejen por herederos á sus almas ó las de otros, ó por vía de mandas y legados señalen algunos sufragios ó de cualquier modo los manden hacer, *no puedan éstos* encargarse á dichos confesores, parientes, religiones ó conventos. Estas prohibiciones no pueden ni deben ser aplicadas sinó en su tenor literal, ya porque así señaladamente lo propuso y obtuvo el Consejo respecto de la primera, ya porque desde un principio manifestó temores de ir tan allá como sería conveniente, y ya, en fin, porque despues nunca propuso la procedencia general que precisamente indicaba como provechosa, sinó que se concretó á los casos que la Real Cédula expresa. No se halla comprendida en esta prohibicion el nombrar albacea al confesor (Sents. 18 Junio 1864, 15 Diciembre 1865 y 3 Enero 1867).

La ley 9.ª, tít. V, lib. III del Fuero Real de-

clara, que aunque no vale la herencia dejada á un testigo del testamento, queden subsistentes las mandas que no se refieran á aquél (Sentencia 16 Diciembre 1864).

Ni en la ley 11 de Octubre de 1820, ni en otra alguna está prohibido que se haga un legado de cantidad anual y perpetuo á un establecimiento de beneficencia, siempre que en la forma de dicho legado no se amorticen bienes directa ni indirectamente, ni se prohiba su circulacion. Aun en la hipótesis de que para satisfacer dicho legado hubiese necesidad de gravar algunos bienes, los establecimientos de beneficencia están autorizados por la ley de 1.° Mayo 1855, que modificó esencialmente los artículos 14, 15 y 16 de la de 11 Octubre 1820, para recibir ó adquirir bienes raíces, aunque á condicion de invertir el producto íntegro de la venta de los mismos en efectos públicos. La sentencia que declara nulo un legado de esta clase infringe la ley 28, tít. IX, Partida 6.ª y la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de hallarse subsistentes las fundaciones benéficas que no hubiesen sido establecidas en favor de determinadas personas ó familias (Sentencia 21 Noviembre 1865).

No puede decirse contraria á las leyes y buenas costumbres la condicion impuesta á un legado que no puede dar causa á ninguna inmoralidad (Sent. 28 Setiembre 1866).

La condicion impuesta por el testador á una legataria de que no se casase con determinada persona, no se opone á las buenas costumbres; porque refiriéndose la prohibicion á una sola persona, es claro que podrá casarse dicha legataria con cualquiera que no fuese el determinado por el testador (Sent. 11 Diciembre 1873).

La peticion encaminada á que se tengan por no puestas las cláusulas de un testamento, en las que se prohibe la enajenacion de determinados bienes, por ser contrario á lo dispuesto en las leyes desvinculadoras, no puede considerarse como pretension de nulidad de dicho testamento, sinó por el contrario lo supone subsistente en las demas disposiciones; y por tanto, la sentencia que en este sentido provee conforme á la demanda no infringe la ley 6.ª, titulo VII, Partida 6.ª (Sent. 28 Abril 1871).

Mandándose en una cláusula de un testamento suceder sólo en usufructo á perpetuidad en determinados bienes, formando indirectamente un vínculo, lo cual está prohibido por las leyes vigentes, es nulo, y por lo tanto que así lo declara, no infringe ninguna de las leyes de Partida referentes á la materia (Sent. 28 Abril 1871).

Establecido en una cláusula el usufructo de una casa hasta que se caiga de vieja, no se declara el usufructo á perpetuidad, sinó á tiempo cierto aunque indefinido; y por lo tanto, la sentencia que anula dicha cláusula es contraria á lo dispuesto por el testador (Sent. 28 Abril 1871).

Artículo 1031.—El legatario no puede admitir una parte y repudiar la otra del mismo legado.

Si murió sin admitir ni repudiar dejando herederos, puede cada uno de éstos admitir su parte en el legado y otro ú otros repudiar la suya.

ORÍGENES

Ley 36, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 38, lib. XXX, Digesto.—Ley 4.ª, lib. XXXI, Digesto.

COMENTARIO

No debe confundirse el legado de varias cosas que se *comprenden so un nome* con diversos legados de distintas cosas, pues en este segundo caso deberá observarse lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 1032.—Siendo dos los legados puede el legatario admitir uno y repudiar otro; pero siendo uno de ellos oneroso, no podrá repudiar éste y admitir el otro.

ORÍGENES

Ley 36, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 5.ª, tít. XXXI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Cuando hay institucion de heredera universal, los legados que caducan quedan en la masa hereditaria: doctrina que es inconcusa fundada en las leyes de Partida no derogadas por la 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec. (Sent. 27 Noviembre 1845).

Artículo 1033.—Las mandas ó legados

podrán revocarse en disposicion testamentaria otorgada con posterioridad.

ORÍGENES

Ley 39, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

El legado pierde su valor por revocacion expresa y por revocacion tácita.

La primera tiene lugar por disposicion testamentaria de fecha posterior en que así lo disponga el testador.

Véase sobre este punto lo que decimos en el capítulo XI de este mismo título.

La segunda se verifica á tenor de lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 1034.—Se entiende revocada la manda:

Primero. Si el testador durante su vida donare á tercera persona la cosa legada (*a*).

Segundo. Si la cosa se perdiere ó destruyere á no ser por culpa ó negligencia del heredero (*b*).

Tercero. Por cambiar la cosa de naturaleza, como si la madera se trasforma en nave (*c*).

Cuarto. Si el legatario adquiere á título lucrativo la cosa legada (*d*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 40, tít. IX, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. V, lib. III, Fuero Real.
(*b*) Leyes 41 y 42, tít. IX, Partida 6.ª
(*c*) Ley 42, tít. IX, Partida 6.ª
(*d*) Leyes 43 y 44, tít. IX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Las leyes 17, tít. IX, Partida 6.ª; y 2.ª tít. V, lib. III, Fuero Real, que declaran la caducidad de las mandas de cosa determinada, cuando con posterioridad se vende ó manda á otra persona, son inaplicables tratándose de un legado de cantidad y cuando dicha cantidad no se manda á otra persona (Sent. 22 Febrero 1871).

Artículo 1035.—El caso del núm. 2.ª del artículo arterior, si se temiera que la cosa estaba oculta intencionalmente, deberá el heredero afianzar su entrega si pareciere, y entregar su estimacion si pereció por su culpa.

En el caso del núm. 4.° del mismo artículo, si una cosa hubiere sido mandada por dos testadores á un legatario, tendrá derecho á reclamarla del segundo si del primero hubiere recibido la estimacion.

ORÍGENES

Leyes 41 y 44, tít. VI, Partida 6.ª

Artículo 1036.—En el legado de cosa determinada hecha repetidamente en diversos lugares del testamento á un mismo legatario, solamente podrá reclamarla una vez.

Mas si el legado fuere de cosas susceptibles de contar, pesar ó medirse, podrá pedir tantas cantidades como le hubieren sido legadas, siempre que pruebe que esta era la voluntad del testador.

Cuando una manda se hubiere hecho en un testamento, y otra en testamento distinto, si ambos conservaran su validez valdrán los dos legados, á ménos que el heredero probase que era contraria la voluntad del testador.

ORÍGENES

Ley 45, tít. IX, Partida 6.ª

COMENTARIO

En el caso del párrafo segundo de este artículo, la prueba de la voluntad del testador corresponde al legatario, que deberá acreditar que *fué su entencion de acrescer en la manda*. Si no lo probase la recibirá una sola vez.

En el caso del párrafo tercero de este mismo artículo, el heredero deberá *provar que fue la entencion del testador que la non oviesse mas de una vez*.

SECCION SEGUNDA

DE LA CUARTA FALCIDIA

Artículo 1037.—El extraño instituído heredero deberá percibir, cuando ménos, la cuarta parte de los bienes de la herencia, á cuyo efecto, si el testador hubiese invertido todos sus bienes ó más de las tres cuartas partes de ellos en mandas, deberán éstas reducirse proporcionalmente.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XI, Partida 6.ª

COMENTARIO

Por la ley Falcidia se concedió en Roma al heredero extraño, la facultad de retener para sí la cuarta parte de los bienes que constituyen la masa hereditaria. Nuestras leyes de Partida copiaron esta parte del Derecho Romano. Ahora bien, ¿están vigentes estas leyes?

Con prolijidad han discutido este punto los comentaristas sin lograr ponerse de acuerdo.

La ley Furia que prohibió los legados de más de mil *asses*; la Boconia que ordenó que ningun legatario pudiera obtener mayor cantidad que el heredero, y la Falcidia, que vista la inutilidad ó ineficacia de las dos anteriores, dijo la última palabra en esta materia, obedecieron —dicen los que niegan su existencia actual,— á estos tres principios combinados: que el testamento necesitaba para serlo de la institucion de heredero; que era asimismo de necesidad la adicion de la herencia; y que nadie podía morir en parte testado y en parte intestado. De aquí nació la necesidad de que por algun medio el heredero instituído no renunciase una herencia de la que nada había de percibir. Confiesan tambien los que sustentan esta opinion, que hubo otra causa ademas, si bien la dan poca importancia, cual es, la presuncion de que el testador no pudo haber querido que la persona instituída por su heredero quedaba completamente privada de los beneficios de la institucion. Ahora bien,—dicen,—habiendo cesado aquellas razones que dieron nacimiento á la ley, ésta es insostenible: hoy en que ni la institucion de heredero, ni la adicion son necesarias, la cuarta Falcidia carece de objeto. Así opinan Antonio Gomez, y los señores La Serna y Montalvan.

En sentido contrario resuelven la cuestion Matienzo, Molina, Castillo, Escriche, Gutierrez y otros, expresando que el principio de que la ley caduca por cesar su razon, sólo puede aplicarse cuando esta es una, impulsiva y final, más no cuando siendo varias subsiste alguna. «Esto ni más ni ménos,—dice el Sr. Gutierrez,— acontece con esta ley. Si en su orígen se estableció la Falcidia primariamente por utilidad de los testadores, uníase con aquel fin el provecho del heredero: el primer objeto era la cantidad variable: el segundo la cantidad constante del problema. Aunque el testador nada debe temer por su fama, ¿puede ser indiferente al heredero su utilidad? En esa circunstancia, sin la cual el título de heredero es ménos que un nombre, es casi una palabra de ludibrio, se ha fijado el legislador, y así dice: *convenible cosa es y con razon que el eredero de cada un ome haya los bienes de aquel a quien deue eredar, o cierta parte dellos, ca desaguisado seria auer nome de eredero, o non le venir ende pro ninguno*».

Por otra parte, si bien la jurisprudencia no ha sentado aún doctrina terminante en este punto, ha dictado algunos fallos que indirectamente confirman la existencia de aquel derecho.

Artículo 1038.—La cuarta parte de los bienes que corresponden al heredero, con arreglo á lo dispuesto en el artículo anterior, se deducirá despues de pagados los gastos ocasionados por la muerte del testador, los de su testamentaría y las deudas, áun cuando el acreedor fuera el mismo heredero, á no haberse, en este último caso, dispuesto otra cosa en el testamento.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XI, Partida 6.ª

Artículo 1039.—Para los efectos de los

dos artículos precedentes, la entidad del caudal hereditario se computará al tiempo de la muerte del testador.

El aumento ó disminucion posteriores á esta fecha, son en beneficio ó daño exclusivamente del heredero.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XI, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

No puede decirse infringida la ley 3.ª, tít. XI, Partida 6.ª, no habiéndose propuesto demanda en forma sobre la detraccion de la cuarta Falcicia, si la sentencia nada decide sobre este punto (Sent. 7 Diciembre 1860).

La ley 3.ª, tít. XI, Partida 6.ª, tiene sólo por objeto determinar el tiempo á que debe atenderse para conocer la cuantía de los bienes del testador, á fin de que el heredero le quede siempre salva su parte legítima ó sea la *cuarta Falcidia*, y establecer á quién pertenece el daño ó pro que en la herencia sobreviniese despues (Sent. 29 Setiembre 1866).

Artículo 1040.—No están sujetos á reduccion por razon de la cuarta Falcidia las mandas hechas á las iglesias, hospitales ó por causas piadosas.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XI, Partida 6.ª

Artículo 1041.— No podrá deducirse la cuarta Falcidia:

Primero. Cuando el heredero haya sido instituído en testamento militar (*a*).

Segundo. Cuando el instituído heredero haya cumplido el encargo confidencial que recibió del testador, de entregar alguna cosa á persona indigna de ser legataria (*b*).

Tercero. Cuando el heredero hubiere pagado íntegramente algunas mandas, en cuyo caso deberá satisfacer del mismo modo las demas, á no ser que despues apareciera una deuda considerable del testador, en cuyo caso podrá detraerla de los legados que áun no hubiere pagado (*c*).

Cuarto. Cuando el heredero canceló maliciosamente el testamento ó los legados (*c*).

Quinto. Cuando el heredero hurtare alguna cosa de las legadas ó dijere que era suya, si despues se le probare que pertenecía á la herencia (*c*).

Sexto. Cuando el heredero omitió hacer inventario (*d*).

Sétimo. Cuando el testador lo prohibiere expresamente (*c*).

Octavo. Cuando el heredero tuviere derecho á legítima, con arreglo á lo prevenido en el cap. VII de este Título (*a*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 4.ª, tít. XI, Partida 6.ª
(*b*) Ley 5.ª, tít. XI, Partida 6.ª
(*c*) Ley 6.ª, tít. XI, Partida 6.ª
(*d*) Ley 7.ª, tít. XI, Partida 6.ª

CAPÍTULO X

DE LAS CONDICIONES, Y OBJETO Ó FIN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Artículo 1042.—La validez de las disposiciones testamentarias puede hacerse depender de un acontecimiento futuro é incierto.

Tambien puede hacerse depender la validez de la disposicion de un hecho pasado, pero ignorado del testador.

A esta relacion de dependencia se llama condicion.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 2.ª, tít. IV, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Las condiciones posibles y honestas que en las cláusulas testamentarias se imponen á los herederos legítimos, son eficaces y deben respetarse, aunque se les grave con la pérdida del quinto si no la cumplen (Sent. 12 Agosto 1839).

Es doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales que los testadores pueden imponer á los herederos legítimos todas las condiciones que la ley 3.ª, tít. IV, Partída 6.ª, no prohibe en lo que graciosamente les dejan (Sentencia 3 Marzo 1866).

Tanto las instituciones de herederos como las sustituciones á día cierto ó que indudablemente ha de venir, por más que se ignore cuándo, son legales, se equiparan á las puras y crean derechos trasmisibles á los herederos de los sustituídos y á los de los sustitutos, desde el fallecimiento de los testadores (Sentencia 4 Abril 1866).

Cuando el instituído heredero cumple con las condiciones que impuso el testador, la sentencia que declara que hizo suyos los bienes de la herencia no infringe la voluntad de dicho testador (Sent. 22 Marzo 1869).

No cumpliendo los herederos voluntarios la condicion lícita por su naturaleza y posible que les puso el testador para que adquiriesen la herencia, pierden el derecho á la sucesion y sobreviene el caso del llamamiento expreso hecho por él mismo á los herederos legítimos, sin que la sentencia que así lo determina infrinja la ley que habla de las condiciones de hecho y de derecho (Sent. 27 Mayo 1871).

COMENTARIO

Condicion es manera de palabra que los testadores suelen poner ó dezir en los establescimientos de erederos, que les aluenga la pro de la erencia ó manda fasta que aquella condicion es cumplida.

Para que la condicion lo sea verdaderamente es preciso que el hecho de cuya realizacion dependa el valor del legado ó institucion sea futuro é incierto, ó que siendo pasado lo ignore el testador.

Artículo 1043.—Si el acontecimiento de que dependiere la validez de la disposicion testamentaria no fuere incierto, la institucion se considera pura.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. IV, Partida 6.ª

COMENTARIO

La incertidumbre es necesaria para que haya condicion; por eso los hechos ciertos no pueden llamarse condicionales sin incurrir en un contrasentido. Así lo dice la ley: *esto es por razon que tales condiciones tan sin dubda, son é tan ciertas, que en todas guisas son. E por ende luego que son puestas vale el establescimiento del eredero, e non se embarga nin se aluenga por ellas.*

Artículo 1044.—Las instituciones desde cierto día ó hasta cierto día y las hechas á día cierto, pero que no se sabe cuando ha de venir, se cumplirán en la forma prescrita por el testador.

ORÍGENES

Ley 15, tít. III, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. XXVIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Tanto las instituciones de heredero, como las sustituciones á día cierto ó que indudablemente ha de venir, por más que se ignore cuándo, son legales, se equiparan á las puras y crean derechos trasmisibles á los herederos de los instituídos y de los sustitutos desde el fallecimiento de los testadores áun cuando aquellos hayan muerto ántes de llegar el día señalado (Sent. 4 Abril 1866).

Si una testadora en su testamento distribuyó sus bienes en el modo que tuvo por conveniente, y despues de instituir herederos usufructuarios á su marido y hermana *y para despues del fallecimiento de ambos* mandó que sus bienes raíces pasaran al Hospital de Beneficencia de un pueblo, esto constituye un verdadero legado de la propiedad de estos bienes, por cuanto consistía en cosas señaladas de la herencia como dice la ley de Partida. Este legado era á día cierto, ó sea al de la muerte del último usufructuario, porque había de venir necesariamente, si bien se ignoraba cuándo, y hasta entónces no podía pasar la propiedad de las fincas á dicho Hospital (Sent. 1.º Marzo 1875).

COMENTARIO

No es esta la doctrina de las leyes de Partida.

Copiando éstas al Derecho Romano asignaron diversos efectos á la institucion hecha desde cierto día, ó hasta cierto día, que consideraron como puras y las hechas á día cierto que admitieron como condicionales.

La distincion de unas y otras es la siguiente: en las primeras se sabe que ha de llegar el día y cuándo, como si se dijera, instituyo á Fulano desde el 10 de Enero ó hasta el 10 de Enero del año tantos: en las segundas se sabe que llegará pero no cuándo, como si se dijese: instituyo á F. desde el día en que muera su abuelo.

Mas los diferentes efectos de estas instituciones eran resultado de que nadie podia morir parte testado y parte intestado en cuanto á los bienes y en cuanto al tiempo y porque el que una vez era heredero no podía dejar de serlo.

Por esta razon opinan todos los comentaristas (menos Febrero), que la ley de Partida está derogada y por consiguiente que con arreglo á la Recopilada, la herencia (ó el legado) que se dejare con designacion de tiempo no pasa al instituído en concepto de pura, sinó que pertenece ántes y despues del término señalado á los herederos al intestato. En atencion á ser esta tambien la doctrina admitida en los tribunales, hemos redactado con arreglo á ella el artículo que comentamos.

Artículo 1045.—Las condiciones imposibles, las contrarias á las leyes ó buenas costumbres, se tienen por no puestas y en nada perjudican al heredero ó legatario, áun cuando el testador disponga lo contrario.

ORIGENES

Leyes 3.ª y 10, tít. IV, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 900 Cód. Francia.—698 Austria.—849 Italia.—Leyes 14 y 27, tít. VII, lib. XXVIII, Digesto.—Leyes 3.ª y 20, tít. I, lib. XXXV, Digesto.—Ley 5.ª, tít. XXV, lib. VI, Código.

JURISPRUDENCIA

Las condiciones contrarias al derecho, á la moral y á las buenas costumbres, deben tenerse por no puestas (Sent. 15 Julio 1848).

Las disposiciones testamentarias que lleven miras de amortizar, para en el caso de que varíe la legislacion en la actualidad vigente, son válidas si no establecen desde luégo nada perpetuo (Sent. 2 Enero 1852).

La ley de Partida establece que son contra derecho solamente las condiciones contrarias á la honestidad, buenas costumbres, obras de piedad ó al derecho natural. No puede comprenderse en ninguna de estas clases la que el testador impone á un heredero mejorado de la tal mejora, al exigirle que se someta á lo que disponga el contador liquidador de la herencia (Sent. 15 Noviembre 1860).

La condicion exigida por un testador de haber de casarse su heredero con persona de familia determinada, debe reputarse por no puesta, segun la doctrina consignada por el Tribunal Supremo, por ser contraria en general á las buenas costumbres y á la libertad del matrimonio (Sent. 20 Enero 1866).

El heredero voluntario que acepta la herencia, está obligado á cumplir todo lo que el tesstador hubiere ordenado, no siendo contra laleyes ó las buenas costumbres (Sent. 15 Febrero 1868).

Artículo 1046.—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la condicion imposible de que el heredero ó legatario done á tercera persona un monte de oro, anula la institucion ó el legado.

ORIGENES

Ley 4.ª, tít. IV, Partida 6.ª

COMENTARIO

Por el artículo anterior se declara que las condiciones imposibles, así lo sean por naturaleza por derecho ó por ser opuestas á las buenas costumbres, se tienen por no puestas, es decir, que la institucion se considera como pura.

Esto no obstante, consignan las Partidas la excepcion que trascribimos en este artículo. En sentir de los autores, lo dispuesto en esta ley no puede hacerse extensivo á más casos que el que la ley anuncia por vía de ejemplo.

Artículo 1047.—La condicion impuesta por el testador que instituye por herederos á dos hijos legítimos ó naturales, disponiendo que á la muerte de uno de ellos herede el otro los bienes del premuerto, se tiene por no puesta si éste hubiere dejado descendientes.

Lo contrario sucederá si los instituídos fueren extraños.

ORÍGENES

Ley 10, tít. IV, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando el testador impone al heredero voluntario la condicion restrictiva de que falleciendo sin sucesion no pueda disponer de los bienes raíces de la herencia á favor de persona alguna: si el heredero tiene hijos y le sobreviven caduca dicha condicion restrictiva, y es válida, por tanto, la venta que hubiere hecho de tales bienes (Sent. 3 Mayo 1862).

Cuando el testador lega una pension á su mujer por todo el tiempo de la vida de la misma, sin imponerle condicion alguna, no puede sobreentenderse ninguna de las tácitas á que se refiere la ley 10, tít. IV, Partida 6.ª, ni pierde, por tanto, la legataria dicha pension por contraer segundo matrimonio (Sent. 30 Octubre 1862).

COMENTARIO

La razon de este artículo se halla en leyes estudiadas anteriormente. En primer lugar las legítimas no admiten gravámen de ninguna especie; y en segundo lugar, esto más que una condicion será una sustitucion, ó por mejor decir, es una *sustitucion con una condicion tácita*, cual es la que al tiempo de ocurrir el fallecimiento causa de la sustitucion, el instituído no deje hijos que le hereden, pues si estos existen la sustitucion sería nula porque faltó la circunstancia que la daba valor. Aunque la ley no habla más que de hijos, entendemos que, siendo herederos forzosos los primeramente instituidos, se anulará la sustitucion si el premuerto dejare, no sólo hijos legítimos, sinó en su defecto cualesquiera otros herederos, á los que por ministerio de la ley corresponde una parte legítima en la sucesion.

Tratándose de extraños cesa la razon de la ley.

Artículo 1048.—La condicion ininteligible invalida la institucion de heredero ó el legado en que se impusiere.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. IV, Partida 6.ª

COMENTARIO

La ley pone un ejemplo, y dice, que si la institucion se hiciere en esta forma: «Establezco por mi eredero a F., si tal ome fuere mi eredero, e si este ome fuere mi eredero establezco a F. el sobredicho por mi eredero». Esta institucion será nula pues no hay términos hábiles para cumplirla. Lo mismo sucede con el legado.

Artículo 1049.—La condicion impuesta al heredero ó legatario de prestar juramento prometiendo hacer una cosa determinada, es nula en cuanto al juramento, pero debe ser cumplida la cosa objeto de la promesa.

No obstante, será válida la obligacion de prestar juramento cuando éste haya de versar sobre un hecho pasado ó presente.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. IV, Partida 6.ª

Artículo 1050.—Si la condicion de hacer impuesta al heredero ó legatario dependiere únicamente de su voluntad, no adquirirán la herencia y el legado respectivamente sinó despues de cumplida la condicion, á ménos que un evento independiente de su voluntad hiciere imposible su cumplimiento.

Si la condicion fuere de no hacer, cumplirán aquéllos con afianzar que no harán lo que les fué prohibido por el testador, y que en caso de contraversion devolverán lo percibido con sus frutos ó intereses.

ORÍGENES

Leyes 7.ª y 14, tít. IV, Partida 6.ª
Ley 22, tít. IX, Partida 6.ª
Ley 14, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 2.ª, 7.ª, 18 y 79, título I, lib. XXXV.—Digesto.

JURISPRUDENCIA

El heredero nombrado bajo condicion sólo llega á ser tal heredero cumplida que sea aquella (Sent. 24 Mayo 1869).

No cumpliendo los herederos voluntarios la condicion lícita por su naturaleza y posible que les puso el testador para que adquiriesen la he-

rencia, pierden el derecho á la sucesion y sobreviene el caso del llamamiento expreso hecho por el mismo á los herederos legítimos, sin que la sentencia que así lo determina infrinja la ley (Sent. 27 Mayo 1871).

Segun lo establecido en la ley 22, tít. IX, Partida 6.ª, la falta de cumplimiento de la condicion potestativa impuesta al legatario, no obsta para que valga y subsista el legado, si aquél, haciendo por su parte cuanto pueda para cumplirla, no puede, sin embargo, realizarlo por causas ajenas á su voluntad y sin culpa (Sent. 3 Julio 1876).

COMENTARIO

Divídense las condiciones en potestativas, casuales y mixtas. Las primeras dependen únicamente de la voluntad del heredero ó legatario: las segundas están sujetas al acaso; las terceras participan de unas y otras, esto es, en parte dependen del acaso y en parte de la voluntad del hombre.

Estas condiciones pueden ser afirmativas y negativas, segun que consistan en hacer ó no hacer. Distínguense tambien las condiciones en suspensivas y resolutorias, siendo las primeras las que difieren la adquisicion de la herencia ó legado hasta que tenga lugar el hecho condicionante y las segundas las que ponen término al legado ó herencia con el cumplimiento de la condicion.

Cuando la condicion es posible, potestativa afirmativa como si dijera: instituyo á F. por mi heredero si construye un hospital en tal lugar, solamente despues de cumplida entrará el instituído en la posesion de la herencia ó legado de tal manera que si no lo cumpliere perderá su valor á ménos que *trabajándose él de la cumplir quanto pudiesse maguer non se cumpla por ocasion de auentura é sin su culpa, estonce valdria la manda tambien como si la condicion fuesse cumplida. E esto seria como si el testador mandasse alguna quantia cierta de maravedis a algund ome, si afforrase su sieruo. Ca si el sieruo se muriesse de su muerte ante que lo afforrasse ó de otra manera por alguna ocasion, non lo matando otri, vale la manda. E esto se entiende, quando el embargo de tal ocasion como sobre dicho es auiene en la persona de aquél que deue cumplir la condicion ó en la persona de aquél en quien se deue cumplir. Mas si el embargo auiniesse por otra persona alguna de fuera assi como si matasse algund ome al sieruo ante que lo afforasse su señor, estonce non valdria la manda nin es el eredero tenudo de la cumplir*... es decir, que el hecho que haga imposible el cumplimiento ha de ser nacido del acaso, del evento, pero no si hubiere sido causado por voluntad del hombre.

Cuando la condicion es posible, potestativa, negativa como si dijera: instituyo á F. si no construye una Iglesia, *este atal ha menester que dé atal recabdo, que sean seguros, que non faga aquello que le defendió el testador.*

Artículo 1051.—Si la condicion impuesta dependiere enteramente del acaso no se adquirirá la herencia ó legado sinó mediante su cumplimiento.

ORÍGENES

Ley 8.ª y 11, tít. IV, Partida 6.ª

COMENTARIO

Trata este artículo de las condiciones llamada *casuales*. Pone la ley como ejemplo si el testador dijese: «establezco á Fulano por mi heredero si lloviesse eras, ó si fiziere sol, dia claro sin nublo.» No se olvide que estos hechos han de ser inciertos, pues si el testador dijese que establecia heredero «si nasciesse el sol» ú otra semejante se tendrian por no puestas, porque «tan sin dubda son é tan ciertas... que luego que son puestas vale el establescimiento del heredero é non se embarga nin se aluenga por ellas».

Artículo 1052.—Lo dispuesto en el artículo anterior es igualmente aplicable al caso en que el cumplimiento de la condicion dependiere en parte de la voluntad del heredero ó legatario y en parte del acaso.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. IV, Partida 6.ª

COMENTARIO

La misma regla que para las condiciones casuales rige para las *mixtas* de que trata este artículo.

Debemos advertir que tanto las casuales como las mixtas no pueden ser puestas á los herederos forzosos en sus legítimas pero si en aquella parte que independientemente de la legítima se les deje como es el quinto de libre disposicion y el tercio de mejora. Si el pa-

dre ó ascendiente mejorase á un hijo ó nieto ó le dejase el prelegado del quinto bajo una de estas condiciones, la mejora y el prelegado son válidas si la condicion se cumple.

Artículo 1052.—Si el testador hubiere instituído diversos herederos unos simplemente y otros bajo condicion, los primeros recibirán la herencia inmediatamente y los segundos en el tiempo y modo que se dispone en los artículos anteriores.

ORÍGENES

Ley 12, tít. IV, Partida 6.ª

Artículo 1054.—Si el testador hubiere sustituído heredero ó legatario bajo diversas condiciones copulativas deberán cumplirse todas; si fueren disyuntivas bastará el cumplimiento de una de ellas.

Si se hubieren instituído varios herederos bajo una sola condicion comun, bastará que la cumpla cualquiera de los instituidos.

ORÍGENES

Ley 13, tít. IV, Partida 6.ª

Artículo 1055.—Cuando la condicion dependiere en parte del instituido y en parte de la voluntrd de un tercero, si dejó de cumplirse por causa del instituido ó por evento, se anula la institucion; lo contrario se observará, si la falta de cumplimiento se hubiere causado únicamente por la voluntad del tercero.

ORÍGENES

Ley 14, tít. IV, Partida 6.ª
Ley 22, tít. IX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Con arreglo á las leyes 14, tít. IV y 22, título IX, Partida 6.ª, los legatarios ó herederos á quienes se deja una manda ó herencia condicionalmente solo pueden hacerla suya, á pesar de no haber cumplido la condicion, cuando éste cumplimiento no ha dependido de ellos, pero no cuando es voluntaria en el legatario ó heredero la falta de cumplimiento de la condicion impuesta por el testador (Sent. 5 Diciembre 1865).

COMENTARIO

Ademas de las condiciones de que ántes hemos hablado hay otras que son mixtas de potestativas y de la voluntad de un tercero como si se dijera: *mando á tal muger cien maravedís, ó fagola eredera, si casare con tal ome, si acaesciere que la muger se muera, ó aquel con quien la mandaba casar ante que se cumpla la condicion, non vale el establescimiento ó la manda. Mas si aquel con quien la mandaua casar, queriendo ella cumplir el mandamiento, é el otro non quisiesse, estonce será la mujer eredera... é no se embargará por esta razon. E si la muger non quisiere cumplir la condicion... non aurá el eredamiento, nin la manda.*

Pero esta como en todas las condiciones ha de ser posibles y arregladas á derecho, pues si en el ejemplo de la ley *aquel con quien la mandaba que casasse fuesse pariente della* valdria la manda ó institucion teniéndose la condicion por no puesta (Sent. 25 Julio 1848).

Artículo 1056.—El menor instituído heredero bajo condicion, puede cumplirla sin autorizacion del curador.

ORÍGENES

Ley 15, tít. IV, Partida 6.ª

COMENTARIO

Conditionibus pupillus, et sine tutoris auctoritate parere potest. Segun Bártolo, esta regla se entiende únicamente aplicable á los casos en que el cumplimiento de la condicion no lleve consigo enajenacion de bienes del menor, pues en otro caso no podrá prescindirse de la intervencion que las leyes señalan al tutor en estos actos.

Artículo 1057.—Lo dejado con expresion del objeto ó aplicacion que haya de dársele, puede pedirse desde luégo, y es trasmisible á los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador.

Lo mismo ha de observarse cuando no pudiere cumplirse la condicion modal por causas independientes de la voluntad del legatario, si éste hubiere hecho cuanto pudiere para su cumplimiento.

ORÍGENES

Ley 21, tít. IX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando el testador lega una finca con el gravámen de una pension á favor de un tercero, no constituye un legado puro, sinó modal, y tal gravámen va unido á la cosa legada si no se expresa lo contrario (Sent. 26 Mayo 1863).

COMENTARIO

Llámase condicion de modo ó *modal*, áquella en que se indica el objeto del legado, como para que concluya su carrera, ó *porque case con tal ome. E la manda fecha en esta manera ú otra semejante, vale; e deue ser entregado della aquel a quien es fecha, dando recabdo que se trabajará de cumplir lo que mandó el testador: e gana el señorio de la cosa luego que lo ouiere cumplido. Eso mismo seria cuando trabajase cuanto pudiere, maguer non se cumpliesse.*

CAPÍTULO XI

DE LA REVOCACION É INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

Artículo 1058.—Todo testamento es revocable á voluntad del testador hasta su muerte.

ORÍGENES

Ley 25, tít. I, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. V, lib. III, Fuero Real.

JURISPRUDENCIA

La institucion de heredero hecha en las capitulaciones matrimoniales para el caso de morir los cónyuges intestados, es válida y no se opone á la libre facultad de testar, porque conservan el derecho de variar la institucion si lo creen conveniente (Sent. 30 Junio 1859).

No hay ley ni doctrina admitida por los tribunales que sancione el principio de la irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomun que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando contienen pacto ó convenio que la establezca (Sent. 21 Mayo 1860).

La ley 25, tít. I, Partida 6.ª, que dispone que ningun home non pueda facer testamento tan firme que non lo pueda despues mudar cuando quisiere fasta el dia en que muera, no es de un precepto tan absoluto que no deba subordinarse á lo que otras leyes del mismo Código tienen establecido para cerciorarse de la verdadera voluntad de los testadores (Sent. 1.º Octubre 1860).

El hombre puede variar su voluntad hasta su muerte, segun el principio consignado en la ley 25, tít. I, Partida 6.ª Cualquiera excepcion de este principio debe interpretarse en sentido restrictivo, como todo lo que tienda á coartar el libre ejercicio de tan importante derecho (Sent. 22 Junio 1865).

Si bien no puede otorgarse testamento tan firme que no pueda variarse hasta el dia de la muerte, segun la ley 25, tít. I, Partida 6.ª, la 22 del mismo título y Partida ordena que prevalezca el primero y no los posteriores, cuando el testador manifiesta que aquel valga siempre y no otro que hubiere *ántes ni despues*, *á no ser que dijere en el último* señaladamente que revocaba el otro, y que no perjudicasen al que entónces otorgaba las palabras que expresara en el primero (Sent. 22 Febrero 1868).

Artículo 1059.—El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, á no ser que el segundo se hubiere otorgado por la falsa creencia de que el instituído heredero en el anterior había fallecido, en cuyo caso valdrá la institucion del primero y las mandas de ambos.

ORÍGENES

Leyes 21, 23 y 25, tít. I, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 668 Cód. Vaud.—713 Austria.—572 Prusia.—1031 Bolivia.—753 Valais.—410 y 411 Tesino.

JURISPRUDENCIA

Por la declaracion de un testador hecha en

un documento con los mismos requisitos que exige la ley para la validez de las últimas voluntades, expresando su voluntad de revocar y anular un testamento anterior, queda este desatado (Sent. 1.° Febrero 1861).

Para que un testamento pueda revocar el otorgado válidamente con anterioridad, es necesario que el segundo se halle revestido de todos los requisitos que para semejantes actos prescriben las leyes (Sents. 26 Setiembre 1862, 18 Noviembre 1865 y 5 Marzo 1866).

El testamento posterior válidamente hecho deja sin valor ni efecto el anterior, con arreglo á las leyes, sin que sea necesario para ello declaracion de los tribunales (Sents. 5 Marzo 1866 y 18 Junio 1866).

Son inaplicables las leyes 21 y 25, tít. I, Partida 6.ª, que establecen que el testamento se desata por otro que fuere fecho despues, y que todo home fasta et dia de su muerte puede mudar su testamento et facer otro, cuando no es objeto de discusion el que un testador pudiera ó no revocar á su primer testamento, sinó si realmente fué su voluntad el revocarlo (Sentencia 22 Febrero 1870).

Es un principio general de derecho establecido en la ley de Partida, que el segundo testamento desata al primero, y que la voluntad del hombre es variable hasta su muerte (Sentencia 27 Noviembre 1872).

COMENTARIO

Al definir el testamento dijimos que uno de sus caractéres más notables es el de la revocabilidad, como expresion de la voluntad última del testador. *La voluntad del ome es de tal natura, que se muda en muchas maneras: e por ende ningun ome non puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda despues mudar quando quisiere fasta el dia que muera.*

Del mismo modo que el testamento se hace, se revoca. El testamento otorgado con todas las solemnidades de la ley, revoca al otorgado con anterioridad, porque en efecto, en el mero hecho de nombrar nuevo heredero sin referirse para nada al anteriormente nombrado, demuestra su voluntad de que el segundo, y no el primero, reciba la herencia. Este es el precepto sencillamente enunciado. La excepcion que consignamos en el artículo, es consecuencia necesaria de la interpretacion que lógicamente debe darse á la intencion del que otorgó el testamento.

Artículo 1060.—No obstante lo dispuesto en el artículo precedente no se invalidará el testamento anterior:

Primero. Cuando en él hubieren sido instituídos los hijos del testador, á ménos que en el posterior lo anule especialmente.

Segundo. Cuando el primero contuviere cláusula renunciatoria de la facultad de revocar el testamento, á no ser que en el segundo revocase señaladamente el anterior.

ORÍGENES

Ley 22, tít. I, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Otorgado un testamento con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, puede el testador disponer de sus bienes en favor de otras personas, pero queda sujeto, para hacerlo con éxito, á lo dispuesto en la ley 22, tít. I, Partida 6.ª, referente á la revocacion de la citada cláusula (Sents. 7 Mayo 1860, 1.° Octubre 1860 y 8 Mayo 1866).

No afecta á la esencia del testamento redactar en latin la cláusula derogatoria *ad cautelam*, ni por eso puede decirse que el documento deja de estar escrito en nuestro idioma (Sent. 26 Marzo 1861).

Una disposicion testamentaria solemne con cláusula derogatoria ó *ad cautelam* queda invalidada por el testamento posterior, igualmente solemne, que la revoca si en la memoria testamentaria, que forma parte integrante del mismo, se reproducen literalmente á este fin las palabras de la cláusula derogatoria (Sent. 19 Octubre 1861).

Aunque el principio de la revocabilidad de los testamentos se halle restringido por la excepcion comprendida en la ley 22, tít. I, Partida 6.ª, de que valga el primer testamento y no los posteriores, cuando el testador expresa en aquel que quiere que prevalezca para siempre puede sin embargo, derogarlo como la misma ley permite, cuando en otro posterior lo revoca *señaladamente*, y dice no estorbar para el nuevo testamento las *palabras que dijera en el primero*, sin necesidad de copiar literalmente las que fueren, pues la ley no exige esta circunstancia que tanto restringiría la libre voluntad de testar (Sent. 22 Junio 1865).

La revocacion de un testamento con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, debe hacerse para que sea válida y eficaz, segun lo prevenido en

la ley 22, tít. I, Partida 6.ª, diciendo el testador en su testamento posterior *señaladamente* que le revoca y no dañen ni perjudiquen al último testamento las palabras que en el primero ha consignado (Sent. 18 Junio 1866).

La ley de Partida establece la excepcion de que valga el testamento en que prevenga en testador que subsista para siempre, y que no quiere que valga otro que hubiese hecho ántes ó despues; pero esta excepcion está limitada para el caso en que mudase su voluntad y dijera en el prostrimero testamento señaladamente que revocaba ó que no tuviese daño á aquel testamento que ahora facia las palabras que dijere en el primero (Sents. 7 Enero 1873, 13 Junio 1877, 30 Octubre 1877).

COMENTARIO

Instituídos los hijos del testador por herederos, si aquél otorgare nuevo testamento con intencion de revocar el anterior, hará una de estas dos cosas: ó deshereda á los instituídos, y entónces queda revocado el primer testamento con tal que la desheredacion esté ajustada á la ley; ó instituye nuevo heredero pretiriendo á los hijos, de cuyo caso se ocupa el artículo que comentamos, pues habiendo dicho el legislador en otro lugar, que tal testamento *non es nada*, evidentemente ha de quedar válido y subsistente el otorgado con anterioridad.

En cuanto al segundo apartado de este artículo, dice la ley que si el testador renunció expresamente la facultad de revocar su testamento, esta renuncia es válida á pesar de las cláusulas de derogacion *general* que ponga en sus testamentos posteriores.

Aquella cláusula renunciatoria, sólo puede ser revocada de una manera especial; por eso dice la ley que valga el primer testamento *fueras si el testador dijesse en el postrimero señaladamente que revocaua el otro, e que non tuviesse daño a aquel testamento que agora facia las palabras que dijo en el primero.*

Véase en la jurisprudencia cómo se aplica esta ley, cuyas palabras copiamos porque conviene que las mismas se empleen al hacer la revocacion especial necesaria en este caso.

La cláusula llamada *ad cautelam* no es esencialmente distinta de la renuncia de la facultad de revocar el testamento, pues consiste en declarar que aquel testamento se ejecute puntualmente y en todas sus partes, sin que se entienda revocado por cualquier otro otorgado posteriormente, á ménos que en el postrimero se hallen escritas literalmente tales ó cuales palabras, frases, máximas ó cláusulas. Esta costumbre se admitió como una garantía y un medio de asegurar la libertad del testador, que de esta manera puede escaparse á las sugestiones con que algunos traten de arrancarle una declaracion contraria á su voluntad.

Artículo 1061.—El testador que voluntariamente abre el testamento cerrado ó quebranta sellos, firmas, sobres ó cuerdas del mismo, lo anula en todas sus partes.

ORÍGENES

Ley 24, tít. I, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Segun la ley 24, tít. IV, Partida 6.ª, quebrantando á sabiendas el fazedor del testamento alguno de los sellos, fajando alguna de las cuerdas, rayando las señales que hubiese fecho en la escritura el escribano público, ó rompiéndola, se desata el testamento; disposicion que facilita al testador el medio de dejar sin efecto en cualquier tiempo y sin formalidad alguna cuanto hubiere ordenado, si varía de voluntad (Sents. 1.° Febrero 1861 y 18 Noviembre 1861).

Si bien el testamento cerrado queda nulo de derecho segun la ley 24, tít. I, Partida 6.ª, cuando el testador rompe ó inutiliza intencionalmente su cubierta ó borra la firma ó signo del escribano que le autoriza, esta ley no tiene aplicacion alguna cuando el testamento cuya validez se cuestiona aparece cerrado y no consta que las alteraciones que se notaran en su cubierta fueran hechas por mano del testador, ni áun en tal hipótesis con ánimo de inutizarzarlo: y cuando por otra parte concurriendo en él las solemnidades que otras leyes establecen para su otorgamiento y no dudándose de su identidad no se ha alegado contra el mismo falsedad y suplantacion (Sent. 18 Setiembre 1865).

Artículo 1062.—El testador se hace ineficaz en los casos taxativamente marcados por la ley.

ORÍGENES

Leyes 10 y 11, tít. VII, Partida 6.ª
Leyes 1.ª, 5.ª y 7.ª, tít. VIII, Partida 6.ª

Ley 8.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (24 de Toro).

Ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

El hecho de que un testador haya intentado variar su testamento ó de que no tenga relaciones con el heredero de confianza que ha nombrado, no puede amenguar la fuerza legal del testamento reconocido como válido (Sentencia 21 Abril 1860).

No puede estimarse de hecho escrito un testamento, ó quedar sin efecto sus disposiciones ya cumplidas por haber sobrevenido el caso fortuito del incendio del archivo donde se custodiaba la matriz (Sent. 21 Abril 1866).

Artículo 1063.—Se anula parcialmente el testamento:

Primero. Por el nacimiento de un hijo del testador, no instituído en el testamento.

Segundo. En el caso del párrafo segundo del art. 204 (1), si la disposicion testamentaria contraviniese á lo preceptuado en el mismo.

ORIGENES

Ley 20, tít. I, Partida 6.ª

Ley 8.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Los *posthumos* se clasifican en naturales que son los hijos que nacen despues de la muerte del padre; y civiles que son los nacidos despues del otorgamiento del testamento y se llaman así por analogía. Unos y otros anulan el testamento en la parte que les perjudica.

En cuanto al segundo párrafo de este artículo la ley dice: *que si alguno oviesse fecho testamento é despues porfijasse a otro de manera que se tornasse en poder dél*, se desataria *el testamento*. Mas como los adoptados no son herederos forzosos entendemos que esta disposicion de la ley ha quedado reducida á los términos que expresamos, esto es, en cuanto contraviene el precepto que dejamos consignado en el párr. 2.º del art. 204.

(1) Véase pág. 144.

Artículo 1064.—Toda disposicion testamentaria será ineficaz respecto del heredero ó legatario que muere ántes que el testador, ó ántes que se cumpla la condicion de que dependa la institucion ó legado.

ORÍGENES

Leyes 34 y 35, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1039 Cod. Francia.—1690 Luisiana.—679 Vaud.—747 Neufchatel.—416 Tesino.—Ley única, tít. LI, lib. VI, Código.—Leyes 4.ª y 5.ª, tít. II, lib. XXXVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Es principio de derecho que cuando los instituidos herederos por testamento no existen, no pueden ocupar su lugar los que no lo son, caducando desde luégo la institucion (Sentencia 28 Junio 1866).

Sent. 24 Abril 1867.

Sent. 27 Junio 1867.

CONCORDANCIAS

El fallecimiento del testador, en las instituciones y legados puros, y el cumplimiento de la condicion en el modo y forma que hemos dicho en el oportuno lugar convierten el *derecho* lo que no era más que *esperanza*. Hasta que ha llegado, pues uno de esos dos momentos el derecho no ha nacido no ha *cedido ni venido el dia*, como dijeron los jurisconsultos romanos, de que se sigue que falleciendo ántes, aquella parte del testamento se hace ineficaz.

CAPÍTULO XII

DE LOS ALBÁCEAS Ó TESTAMENTÁRIOS (1)

Artículo 1065.—El testador puede nombrar uno ó más albaceas aunque no estén presentes al otorgamiento.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 3.ª, tít. X, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1025 Cód. Francia.—1052 Holanda.—1885 Portugal.—903 Italia.—1651 Luisiana.—1008 Bolivia.—903 Rusia.—889 Cerdeña.

JURISPRUDENCIA

Al juez de primera instancia corresponde el nombramiento de albacea dativo, que puede hacer al ménos por analogía, cuando faltan todos los designados por el testador para el puntual cumplimiento de sus disposiciones y el heredero carece de persona que especialmente le represente (Sent. 29 Marzo 1869).

Cuando un testador designa explícitamente al cura y síndico del pueblo para que administren y distribuyan todos sus bienes en la manera y forma que determina en su testamento; si por renuncia personal de los que ejercían dichos cargos se nombrase judicial y supletoriamente un administrador, esto no empecería ni destruiría el legítimo derecho de los sucesores en aquellos cargos para reclamar la administracion, ántes bien, guardaría perfecta conformidad con la voluntad del testador (Sent. 15 Marzo 1870).

COMENTARIO

La mision de los albaceas es cumplir las disposiciones testamentarias de la manera que para este fin les hubiere autorizado el testador, y en su defecto en la forma que decimos en este capítulo.

La ley de Fuero Real (8.ª, tít. V, lib. III) señala algunas incapacidades para ser albacea; no las consignamos porque unas están derogadas, otras no son *usadas ni guardadas*, y las que subsisten son incapacidades no relativas é este cargo exclusivamente, sinó á todos los cargos de esta y otra clase, como es el menor de 17 años, el loco, el condenado á interdiccion, etc.

Cuando el testador no hubiere nombrado albacea en su testamento, estará obligado á cumplir su voluntad, y por lo tanto, se reputará como albacea *legítimo* el instituído heredero en el mismo testamento, pues adquiere la obligacion de cumplir y ejecutar la voluntad del testador. Mas como esta obligacion nace de la aceptacion de la herencia, puede preguntarse: ¿los actos de albaceazgo que necesariamente hayan de practicarse sin esperar á la aceptacion de la herencia (como entierro, funerales, etc.), quién habrá de practicarlos? Parece que en este tiempo el cargo de albacea legítimo corresponde al pariente más próximo del testador, esto es, aquel que le hubiera sucedido á fallecer intestado. En el caso de morir sin testamento, el juez nombra abacea *dativo*, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 359 y 360).

Artículo 1066.—Las facultades de los albaceas serán las que designe el testador con arreglo á las leyes.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 3.ª, tít. X, Partida 6.ª
Ley 32, tít. IX, Partida 6.ª
Leyes 12 y 14, tít. V, lib. III, Fuero Real.
Ley única, tít. V, lib. V, OO. RR. de Castilla.

JURISPRUDENCIA

No puede decirse que falta personalidad á un albacea para presentarse en juício á defender los derechos de una testamentaría yacente, cuando por ésta está autorizado para respresentarla (Sent. 7 Junio 1862).

No puede admitirse como doctrina legal la

(1) Reciben tambien por las leyes de Partida los nombres de *Cabezaleros* y *Mansesores*.

de que los albaceas, con potestad para conocer de los bienes que por la voluntad del testador han de dividir entre los legítimos herederos, no tienen otra obligacion que la de formular, al concluir su encargo, una cuenta general de cuanto han recibido y gastado; pero nunca una periódica en que, perdiendo el carácter de albaceas, se les atribuya el de administradores: y áun considerándose como legal esta doctrina, sería inaplicable cuando la providencia de dacion de cuentas se hubiese dictado en juicio de testamentaría, y no se hubiese mandado que las diera el albacea, sinó el que había sido administrador del caudal (Sent. 5 Noviembre 1862).

No hay ley que prohiba al albacea designar quien le sustituya en el albaceazgo, siempre que le hubiese facultado para ello el que le nombró (Sents. 19 Diciembre 1862 y 29 Marzo 1869).

La designacion de sustituto, así verificada, sería válida como procedente de la voluntad del testador (Id. id.).

Las facultades de los albaceas ó testamentarios proceden de la voluntad de los testadores, y por lo tanto son nulos los actos de aquéllos en cuanto no se ajusten á lo dispuesto por éstos (Sent. 3 Junio 1864).

La ley de Partida consigna textualmente el deber que tienen los testamentarios de cumplir su encargo en aquella manera que el finado mandó en su testamento (Sents. 3 Junio 1864, 14 Marzo 1866, 16 Junio 1866 y 6 Mayo 1871).

Es doctrina legal admitida que las facultades de los albaceas se extienden no sólo al cumplimiento de las mandas piadosas sinó tambien al de los demas encargos que les encomienden los testadores y á los arreglos y gestiones que ellos mismos hubiesen aceptado sin contradiccion de los herederos (Sents. 17 Diciembre 1864 y 17 Enero 1866).

Por muy amplias que sean las facultades que un testador conceda á sus albaceas, nunca puede autorizarles para resolver una cuestion puramente legal (Sent. 23 Febrero 1870).

Si el testador no dió á los albaceas nombrados en su testamento facultades sinó para lo relativo á funeral, entierro y bien de su alma, y uno de ellos entrega una cantidad á nombre del testador, que despues reclama como crédito en la testamentaría concursada, es claro que no puede hacerlo con el carácter de tal albacea: y por tanto al declararse que dicha testamentaría no está obligada á reconocer el expresado crédito no se infringe la ley 32, tít. XII, Partida 5.ª, segun la cual, quien paga en nombre de otro se subroga en su lugar cuando el deudor aprueba el pago (Sent. 18 Diciembre 1872).

No ha sido objeto de discusion ni resolucion en el pleito la extension de las facultades del albacea demandante, es inoportuno invocar en el recurso la doctrina de que las facultades de los albaceas se limiten al cumplimiento de las mandas piadosas, sin extenderse á promover y seguir juicios (Sent. 16 Febrero 1876).

Artículo 1067.—No habiendo el testador designado especialmente las facultades de los albaceas, seguirán las siguientes:

Primera. Entregar las mandas con arreglo á lo que hubiere dispuesto el testador.

Segunda. Reclamar la entrega de los objetos en que consistieran las mandas, en los casos determinados en el artículo siguiente.

Tercera. Distribuir á su albedrío entre los pobres, á quienes no se hiciere manda especial en el testamento, las cantidades legadas con tal objeto.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 3.ª, tít. X, Partida 6.ª
Ley 12, tít. V, lib. III, Fuero Real.

Artículo 1068.—Los testamentarios no podrán apoderarse de los bienes del finado sinó en los casos siguientes:

Primero. En las mandas piadosas.

Segundo. Cuando el testador lega una cosa á otro juntamente con los albaceas.

Tercero. Cuando el legado fuere de alimentos.

Cuarto. Cuando el testador les da facultad para hacerlo.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. X, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando unos albaceas son nombrados exclusivamente para cumplir lo pío contenido en un testamento, á cuyo fin se les encarga que fallecido el testador se apoderen de sus bienes y vendan los precisos de los más efectivos, al darse los albaceas por entregados de todos los bienes pertenecientes á la herencia expresando que quedaba á su cargo cualquiera responsabi-

lidad sucesiva que por aquella razon pudiera exigirse, se entiende claramente que su obligacion se concretaba á los bienes inventariados (Sent. 24 Febrero 1869).

Artículo 1069.—Los albaceas no podrán enajenar los bienes del testador á no haber sido expresamente autorizados para ello.

En todo caso la venta habrá de verificarse en pública subasta.

ORÍGENES

Ley 62, tít. XVIII, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Aunque tengan el carácter de árbitros arbitradores y amigables componedores no pueden enajenar bienes de la testamentaría sin formar inventario y mucho ménos habiendo herederos necesarios y menores (Sent. 22 Octubre 1857).

Los albaceas no pueden enajenar lo que corresponde á menores sin que se justifique la necesidad y utilidad y sin que intervenga el guardador y preceda la autorizacion del juez, no pudiendo dispensarse de estas formalidades por más amplio que sea su mandato (Sent. 22 Octubre 1857).

Los albaceas no están dispensados del precepto general y absoluto que prohibe enajenar los bienes raíces de menores ni áun para pagar deudas, sin la licencia del juez del lugar (Sentencia 19 Octubre 1859).

En el caso de que el testador faculte á sus albaceas para vender alguna finca, no se vicia la enajenacien por la circunstancia de concurrir el heredero con aquéllos á la venta, ni se contradice por ello la voluntad del testador (Sent. 27 Setiembre 1861).

La ley 62, tít. XVIII, Partida 3.ª, se limita á las ventas que los albaceas hayan de hacer en ciertos casos de los bienes del testador para cumplir sus mandas y pagar sus deudas, y no es aplicable á bienes de otra procedencia y para otros fines (Sent. 27 Setiembre 1861).

La venta de bienes verificada por los albaceas testamentarios en uso legítimo de las facultades que le concedió el testador, es válida y firme (Sent. 17 Enero 1866).

Si bien la ley 62, tít. XVIII, Partida 3.ª establece el principio de que las ventas que se otorguen por los albaceas, hayan de ser en almoneda, esto solamente se refiere á los casos ordinarios del albaceazgo, y no á aquellos en que el testador les autoriza con facultades extraordinarias, y prescribe la manera en que deban vender sus bienes para el cumplimiento de su voluntad, única norma á que deben subordinar sus actos (Sent. 17 Enero 1866).

Habiendo dispuesto el testador que sus albaceas vendieran una casa de su propiedad y con sus productos satisfaciesen los legados que resultaran de una memoria que se encontraría entre sus papeles, es indudable que dichos albaceas estaban autorizados para hacer cuanto creyesen conducente al cumplimiento de la voluntad de aquel; y por lo tanto, para verificar un préstamo sobre la finca, si así lo estimaron indispensable al efecto indicado por no ser posible la venta de la casa: mayormente si era tanta la confianza del referido testador en sus albaceas que les dió poder para que el remanente de sus bienes lo distribuyeran en misas y limosnas sin que nadie pudiera pedirles cuenta, ni que manifestasen á cuanto ascendió el caudal ni en qué ni cómo lo habían invertido (Sent. 11 Mayo 1871).

Artículo 1070.—Los albaceas no podrán comprar bienes que pertenezcan á la herencia de cuya distribucion están encargados.

ORÍGENES

Ley única, tít. V, lib. V, Ordenanzas Reales de Castilla.
Ley 60, tít. XVIII, Partida 3.ª
Ley 4.ª, tít. V, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. XII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

La ley que prohibe al albacea comprar pública ó secretamente los bienes que administra no es extensiva al que tambien es heredero y compra como tal (Sent. 8 Noviembre 1859).

La prohibicion impuesta á los albaceas para comprar bienes de la testamentaría á que se refiere la ley 1.ª, tít. XII, lib. X, Nov. Rec., no tiene aplicacion á la adjudicacion hecha en pago de cantidades anticipadas en beneficio de tercero y con las solemnidades de subasta judicial y adjudicacion por falta de licitadores, excluyendo por esta razon toda idea de fraude miéntras que la ley Recopilada trata de evitar los que por abuso de confianza puedan cometerse por los albaceas; y claro está que no siendo aplicable dicha ley al caso, no se infringe (Sent. 14 Diciembre 1875).

Artículo 1071.—Los albaceas habrán de prestar fianza cuando el heredero sospechase que no han de cumplir la voluntad del testador.

La oposicion del heredero á que se satisfaga alguna manda, suspende su pago hasta que recaiga sentencia firme.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. X, Partida 6.ª
Ley 12, tít. V, lib. III, Fuero Real.

Artículo 1072.—Los legatarios deberán reclamar sus mandas al heredero salvo si estuvieren comprendidas en alguno de los casos del artículo 1068.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. X, Partida 6.ª

Artículo 1073.—Cuando son dos ó más los albaceas, y no pueden ó no quieren intervenir todos, valdrá lo que haga el mayor número, aunque sea uno sólo.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tit. X, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Cuando son tres los albaceas que nombra un testador, la incapacidad de uno no basta para privar á los otros dos sus facultades ni tampoco para dejar sin efecto lo que ha hecho todos tres juntos y de comun acuerdo mucho ménos si cada uno tenia poder para todo (Sent. 18 Junio 1864).

Cuando se nombran varios albaceas confiriendo á todos facultad para cumplir el testamento, sin hacerlo á cada uno de ellos *in solidum*, no se entiende por esto que si la mayor parte de dichos albaceas no quisieran ó no pudieren desempeñar el albaceazgo, dejará de hacerlo el que quede, por más que no fueren nombrados *in solidum*, puesto que esta cláusula, más que para privar al que no la tenga de la facultad de obrar por sí sólo en el cumplimiento de su encargo, cuando sus compañeros se hallen incapacitados ó no quisieren desempeñarla, tiene por objeto autorizar al que primero intervenga en la testamentaría para continuarla hasta su terminacion sin la concurrencia de los demas nombrados (Sent. 18 Marzo 1865).

Artículo 1074.—El albacea debe cumplir su encargo en el término señalado por el testador: si el testador no lo señaló, tendrá el término de un año á contar desde la muerte de aquél.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. X, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1026 y 103, Cód. Francia.

JURISPRUDENCIA

Cuando el testador no ha prorogado el plazo á los albaceas, deben terminar su encargo dentro de un año contado desde la muerte del mismo (Sent. 22 Octubre 1857).

La ley 6.ª, tít. X, Partida 6.ª que señala el término de un año para que los testamentarios cumplan la voluntad de los testadores, no puede tener aplicacion cuando por circunstancias especiales de la testamentaría sea materialmente imposible su terminacion dentro de aquel plazo (Sent. 26 Noviembre 1861).

Los albaceas que dejan trascurrir el año de albaceazgo sin dar cumplimiento á su cometido y son separados por esta causa del encargo y por sentencia del juez competente llevan la nota al ménos de negligentes é incurren en la pena de perder lo que por el testamento debieran percibir (Sent. 18 Marzo 1865).

La ley 6.ª, tít. X, Partida 6.ª concede á los testamentarios el plazo máximo de un año para el cumplimiento de su encargo (Sent. 12 Diciembre 1873).

Artículo 1075.—El albacea que por malicia ó negligencia dejare de cumplir la voluntad del testador podrá ser removido del cargo despues de haber sido amonestado en juicio, perdiendo lo que él testador le hubiera legado.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. X, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Ni las Decretales, ni la Auténtica *licet*, ni la ley de Partidas previenen que para que los albaceas puedan ser condenados á la pérdida de lo que el testador les señaló, sea indispensable que precedan dos amonestaciones, sinó una

ó dos: y que aunque así lo dispusieran esto sólo tendria lugar cuando se tratara del cumplimiento de mandas piadosas, mas no del de otros legados en cuyo caso basta una sola, hecha en virtud de decreto judicial (Sent. 18 Marzo 1865).

CAPÍTULO XIII

DE LA INTERPRETACION DE LOS TESTAMENTOS

Artículo 1076.—Las palabras del testador deben entenderse llanamente sin eludir su tenor litoral, á no constar expresamente que la voluntad del testador es contraria á esta inteligencia.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª

JURISPRUDENCIA

Las palabras del testador segun la ley 5.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª, deben entenderse llanamente así como ellas suenan salvo cuando *se probase* lo contrario en los autos, ó como dice la ley citada cuando pareciendo ciertamente que la voluntad del facedor del testamento fuera otra que *non como suenan* las palabras que están escritas (Sents. 26 Junio 1854, 17 Febrero 1858, 16 Octubre 1858, 28 Enero 1862, 24 Abril 1867, 7 Octubre 1867, 24 Febrero 1868, 27 Febrero 1868, 2 Junio 1868, 24 Diciembre 1868, 10 Abril 1869, 10 Mayo, 18 y 19 Junio 1869, 22 Febrero 1871, 14 Junio 1871, 22 Febrero 1872, 21 y 28 Junio 1872, 3 Marzo 1873, 14 Febrero 1874, 23 Noviembre 1875, 24 Enero y 12 Julio 1876).

La voluntad del testador debe interpretarse de manera que no vaya más allá de lo que expresa la letra de su disposicion (Sents. 11 Octubre 1854 y 30 Abril 1857).

Cuando el testador concede á su heredero la facultad de enajenar los bienes que le deja si lo necesitara, puede hacerlo válidamente y sin trabas ni formalidades si en el testamento no le han sido impuestas (Sent. 21 Mayo 1859).

No se infringe la cláusula testamentaria en que se dispone que no paguen los legados hasta despues de satisfechas las deudas cuando se procede de otro modo, de conformidad con los herederos y acreedores (Sent. 7 Diciembre 1860).

No existiendo ley ni doctrina que establezca la computacion canónica para graduar el parentesco de herederos y legatarios cuando los testadores no la hayan establecido terminantemente, no puede suponerse contrariada su voluntad, ni infringida su última disposicion por haberse computado civilmente conforme á las leyes del reino, el parentesco que en ella fijan respecto á los llamados á la sucesion (Sentencia 29 Noviembre 1861).

Separándose una sentencia de la expresa voluntad de los testadores, que es la ley en los litigios sobre sucesion infringe dicha ley (Sentencias 6 Enero 1863, 30 Junio 1863, 14 Mayo 1864 y 3 Marzo 1866).

Cumplida la voluntad del testador por actos irrevocables que reciben su eficacia del mismo testamento ya no es posible alterarla ni destruir los derechos adquiridos en virtud de esas actos (Sent. 28 Febrero 1862).

Cuando el testador deja á su viuda una pension diaria, sin señalar condicion alguna no pierde dicha pension aunque contraiga ulterior matrimonio, no siendo aplicable á este caso la doctrina legal de que las pensiones de viudedad son obligatorias ínterin la viuda permanezca en este estado (Sent. 30 Octubre 1862).

Cuando el testador deja su herencia en último lugar *á quien por derecho tocare y correspondiere*, la significacion legal de estas palabras se refiere al pariente ó parientes más próximos al testador que existiesen al tiempo de abrirse la sucesion á la herencia (Sent. 16 Enero 1863).

La sentencia que da á un legado la inteligencia que se deduce claramente de los términos en que está concebido, no infringe la ley en que se prescribe que las palabras del testador deben ser entendidas *llanamente y como ellas suenan*, ni la doctrina que apoyada en dicha ley tiene establecida el Tribunal Supremo (Sent. 19 Diciembre 1864).

La máxima de buscar la verdadera signifi-

cacion de las condiciones testamentarias más bien en la voluntad del testador que en sus palabras, no se conforma exactamente con el sistema fijado en la ley de Partidas (Sent. 11 Diciembre 1865).

Cuando el testador fia á su heredero fiduciario el cumplimiento de su voluntad segun sus literales palabras, es necesario estar á la declaracion hecha por éste respecto á las instrucciones que aquél le tenía comunicadas para la distribucion de sus bienes, sin que obste el aludirse á otro testamento que no se ha encontrado (Sent. 14 Marzo 1866).

Cuando en las cláusulas de un testamento aparecen claras, explícitas y terminantes las palabras del testador sin que alguna de ellas ofrezca duda acerca de su significacion, no hay necesidad de interpretar esas cláusulas (Sentencia 2 Marzo 1866).

El que impugna judicialmente una cláusula testamentaria contra la voluntad del testador que expresamente lo prohibió bajo pena de perder la herencia, incurre en la pena establecida (Sent. 3 Marzo 1866).

No poniéndose en duda, ni durante la discusion ni en la sentencia ninguna de las cláusulas de un testamento es inoportuno invocar la ley 5.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª, relativa á que se entiendan llanamente las palabras del testador (Sent. 26 Febrero 1867).

La regla consignada en la ley 5.ª, título XXXIII, Partida 7.ª, segun la que las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente así como ellas suenan, no se opone á que se atienda á su espíritu cuando pareciese ciertamente que la inteligencia literal no contiene la voluntad del testador: ántes bien esto es conforme á lo que en la ley precitada se establece (Sent. 21 Octubre 1868).

La disposicion testamentaria por la que es llamado un tercero al todo ó parte de lo que resta de la herencia al morir el heredero, contiene una especie de institucion condicional en favor del llamado, á la cual son aplicables las reglas y prescripciones legales que rigen respecto de esta clase de instituciones (Sent. 15 Junio 1868).

No infringe la voluntad del testador la ejecutoria que declara heredero al instituído por el mismo, que cumple todo lo preceptuado por aquél al hacer dicha institucion (Sent. 22 Marzo 1869).

Cuando el testador divide en su testamento su herencia en dos mitades instituyendo herederos en una de ellas á siete sobrinos que determina, y en defecto ó por inexistencia de alguno á los hijos que respectivamente han dejado los instituídos y en la segunda mitad instituye á su hermana, disponiendo que si á su fallecimiento quedaba algo de la herencia pasase á las hijas de la misma por iguales partes: claro está que habiendo el testador querido, al hacer la primera designacion de herederos, que tuviera lugar el derecho de representacion, por más que hubiese omitido la repeticion de esta circunstancia al instituir en la segunda mitad, se comprende naturalmente que su intencion fué hacer una institucion de familia á fin de que su caudal se repartiese entre los parientes que llamaba á sucederle: debiendo entenderse que con las mismas condiciones llamaba á los herederos que habían de suceder en propiedad en la primera mitad, que á los que llamaba á suceder en la segunda y no siendo posible dar otra interpelacion al testamento por estar hecha la institucion en una sola cláusula y por consiguiente en un sólo acto: así, pues, la sentencia que niega el derecho de representacion á los hijos de una de las llamadas á la sucesion de la segunda mitad infringe la ley del testamenio y la 5.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª, (Sent. 13 Junio 1872).

Ofreciendo racional duda, segun la sana crítica una cláusula inexplicable, la Sala sentenciadora, aceptando las palabras más lógicas, claras é inteligibles de la copia presentada por el demandado, en las que se expresa *que sean preferidas* entre los parientes más próximos los varones á las hembras, ademas de haberlas hallado más conformes con las que usó el testador en los llamamientos á sus hijos entre cuales prefiere los varones á las hembras, no infringe el principio de que la voluntad del testador ejerce el imperio de una ley, la ley 120, *Digesto, De verb. signif.*, la ley 25 Dig., *De leg. tertio*, la 5.ª, tit. XXXIII, Partida 7.ª, que dispone que las palabras ó cláusulas del testamento que son claras no deben interpretarse, ni la jurisprudencia constante de que las palabras del testador deben ser entendidas llanamente y como ellas suenan, y que la voluntad del testador clara y explícitamente consignada debe entenderse en los mismos términos en que la manifestó (Sent. 5 Julio 1871).

Habiendo venido al pleito sin citacion las dos copias del testamento presentadas por demandante y demandado, fueron consentidas por ambos, y suponiéndolas de igual valor le-

gal, pudo la Sala sentenciadora en su apreciacion aceptar de una ú otra las palabras que para entender las cláusulas del testamento le pareciesen más conformes con la voluntad del testador, comparándolas entre sí segun las reglas de la sana crítica (Sent. 5 Julio 1871).

Si al legarse en el testamento, *para despues de seguida la muerte de la muger del testador*, á una persona una finca, se hizo el legado con la expresion de que *muriendo sin hijos la legataria pasara aquella finca á su heredero en el modo que hubiere sucedido*; es claro que esta cláusula de reversion ó restitucion condicional de la indicada finca no la hizo en favor de una persona determinada, expresa y nominalmente llamada sinó genéricamente en favor de *su heredero en el modo que hubiese sucedido;* es decir, de su heredero cualquiera que este fuese y cualquiera que fuera el modo con que á él hubiese pasado su herencia. En su virtud la Sala sentenciadora al declarar que la indicada finca debe ser restituída á los representantes y posecdores de la herencia mediante haberse realizado la condicion de morir sin hijos la legataria que no pudo enajenar válidamente la finca, no infringe el testamento, ni la ley de Partida segun la cual las palabras del testador deben ser entendidas llanamente y como suenan (Sent. 28 Setiembre 1872).

Artículo 1077.—Cuando el tenor literal de lugar á dudas y por otra parte no conste cuál sea la voluntad del testador se tendrán presentes las siguientes reglas:

Primera. Cuando se hubieren legado cosas indeterminadas sin expresar su especie ó valor se entenderá legada la de menos valor.

Segunda. Cuando el legado consistiere en todas las *cartas* del testador no se entenderán legados los libros, á no ser que el legatario y testador fueren literatos y este no tuviere más papeles que sus libros.

Tercera. Si el testador legare sus aves se entenderán legadas así las domésticas como las fieras, y sus jaulas ó prisiones.

Cuarta. Del mismo modo si el testador legare sus vinos se entenderán legados con los embases.

Quinto. En el legado de alimentos se comprende no sólo la manutencion sinó tambien la habitacion y vestido del legatario, así como la asistencia necesaria en casos de enfermedad.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª

JURISPRUDENCIA

Para que tenga lugar la aplicacion de las leyes 9.ª y 28, tít. IX, Partida 6.ª; 13, tít. III de la misma, y 5.ª, tít. XXXIII, Partida 7.ª, relativas á aclaracion de las dudas que ofrezcan las palabras de los testadores, es preciso que la ambigüedad ó duda surja de las mismas cláusulas testamentarias (Sent. 14 Setiembre 1861).

No puede servir de fundamento de casacion la interpretacion de cláusulas oscuras ó dudosas contenidas en un testamento: pues sólo ha de entenderse respecto de lo que sea expreso y terminante en la cláusula alegada (Sent. 11 Marzo 1863).

Para la recta interpretacion de una cláusula testamentaria que por su redaccion ofrezca alguna duda, no han de apreciarse aisladamente sus diferentes disposiciones, sinó compararse entre sí, fijando la verdadera inteligencia de manera que tenga exacto cumplimiento la voluntad del testador (Sents. 26 Mayo 1863, 23 Setiembre 1865 y 5 Julio 1877).

No puede considerarse infringida tratándose de la validez de un legado la ley 5.ª, título XXXIII, Partida 7.ª, que tiene por objeto explicar las dudas que respecto de las palabras de los testadores puedan ocurrir por ser inaplicable al caso (Sent. 28 Junio 1864).

Cuando una cláusula testamentaria atendidos su espíritu, letra y relacion con las anteriores disposiciones del testador no tiene otra interpretacion literal y legal que la declarada por la Sala no se infringe con ella el testamento (Sent. 14 Febrero 1866).

Cuando en las cláusulas de un testamento aparecen claras, explícitas y terminantes las palabras del testador, sin que alguna de ellas ofrezca duda acerca de su significacion, no hay necesidad de interpretar esas cláusulss (Sentencias 2 Marzo 1866 y 24 Febrero 1867).

En una misma cláusula testamentaria no pueden concebirse dos disposiciones contrarias (Sent. 7 Febrero 1870).

Al extender un legado á más de lo que el testador dispuso se infringe la voluntad del testador y las leyes de Partida que dan reglas de interpretacion para casos en que dicha voluntad no sea clara (Sent. 4 Abril 1871).

La palabra *vivos* puesta por el testador al hacer un legado en favor de sus nietos y biznietos, no excluye claramente de la manda más que á los herederos que hubiesen fallecido en su sentido propio y significacion legal: refiriéndose aquélla lo mismo á los nacidos que á los que se encontrasen en el claustro materno al fallecimiento del testador, puesto que «toda cosa que faga o que se diga a pro de estos aprovechase ende, bien asi como si fueren nacidos» (Sent. 11 Julio 1877).

Apareciendo cierto y estando reconocido por los demandados que el actor nació á los dos meses y dias despues de fallecido el testador y que es el nieto de un hermano de aquél, no puede alegar que no está señalado por el mismo, y que su persona puede equivocarse por otra para la adquisicion de un legado, especialmente cuando aquél llamó á su disfrute á los nietos y biznietos de sus hermanos ni nombrar alguno, ó designarles por su respectivo nombre y apellido (Id. id.).

TÍTULO III

DE LAS HERENCIAS SIN TESTAMENTO

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1078.—A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia á los que tienen derecho á ella en los términos expresados en los artículos siguientes.

ORÍGENES

Leyes del tít. XIII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 39, tít. II, lib. XXIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 21 Abril 1866.

Sent. 10 Diciembre 1866.

Desde el momento en que una persona muere intestada, sus herederos abintestado adquieren derecho á la herencia por ministerio de la ley, y bajo este concepto pueden trasmitir á los suyos dicho derecho, áun cuando los bienes hereditarios estuviesen gravados con la servidumbre de usufructo, y ellos no los hubiesen poseido (Sent. 27 Setiembre 1867).

Muriendo intestada una persona no hay institucion de heredero, ni puede imponerse á éste condicion alguna (Sent. id., id., id.).

No puede haber heredero abintestato, cuando existe testamentario capaz de heredar (Sentencias 4 Mayo 1868, 17 Diciembre 1869, 12 Junio 1865 y 8 Enero 1875).

COMENTARIO

Hemos dicho que las herencias se defieren por voluntad del hombre y en su defecto por la disposicion, de la ley es decir, por voluntad expresa del difunto, ó porque la ley interpretando la relacion existente entre la propiedad y la familia, declare á los indivíduos que componen la segunda con derecho á suceder en los bienes por no haberse dispuesto de ellos ó por no poderse llevar á efecto la disposicion del testador.

Es tambien este órden de suceder un modo universal de adquirir tan justificado como el anterior; pero existe entre ambos alguna distincion que nos hace estudiar el primero sin tener en cuenta los principios apuntados en el último.

Sobre el fundamento de la sucesion intestada no están de acuerdo las diversas escuelas que de él se han ocupado. Se ha supuesto por unos, que eran propios del Estado los bienes que deja una persona á su muerte, sin disponer de ellos en testamento. Otros fundando esta sucesion en la voluntad presunta del difunto, sostienen que la ley debe llamar para suceder á una persona, á los que más estrechamente ligados estén con ella por los vínculos de afecto y de parentesco, esto es, á aquellos á quienes, si el difunto hubiere otorgado testamento, habría sin duda alguna llamado para sucederle en sus bienes y no falta tambien quien considere esta sucesion como de derecho divino.

Aunque la sucesion intestada en realidad obedece á los sentimientos de amor, de afeccion y de cariño con que la naturaleza dotó á los individuos respecto á todos los que forman parte de su familia, y como proveniente de la

naturaleza humana, el derecho debe amparar aquellos sentimientos contribuyendo á la union y conservacion del pequeño estado doméstico, es lo cierto tambien que la sucesion en Derecho español participa de alguno de los principios apuntados, si bien en absoluto no decimos que la hayan servido de único fundamento.

En todos los pueblos cuando alguno ha muerto sin testar, ha sido la ley la encargada de designar las personas que debían representarle y adquirir sus bienes, á fin de quitar todo pretexto de arbitrariedad por parte de aquellos que se juzgasen con derecho á dichos bienes mucho más cuando la muerte de la persona á quien pertenecian, puede ser causa de que impunemente se interprete su voluntad á gusto de cada cual. Difícil es conocer esta sucesion en Derecho Romano, porque los vínculos civiles en que se fundaba, las disposiciones de las Doce Tablas, los edictos de los pretores, las constituciones imperiales y las reformas de Justiniano, á la par de los diferentes llamamientos que en cada una de estas épocas se hacían, producen un cúmulo de dificultades para llegar á conocer perfectamente el derecho establecido sobre este punto en el Pueblo-Rey.

Justiniano inauguró la reforma; atendió á la familia natural, para señalar al padre los herederos forzosos que en su día debían sucederle en todos sus derechos y obligaciones y sentó las bases que luego sirvieron de fundamento á las legislaciones modernas.

En el Derecho europeo moderno hay una gran unidad á la vez que alguna variedad ya en cuanto á la computacion de grados, ya en cuanto al modo de considerar á la familia, y aunque cada pueblo ha establecido el órden de suceder abintestato segun los distintos principios é ideas que en ellos han dominado, siempre ha sido considerada como supletoria esta sucesion en cuanto no puede tener lugar sinó á falta de la testamentaria.

Artículo 1079.—Los bienes del que falleció intestado deben ser entregados íntegramente á los parientes á quienes la ley llama á la sucesion, siendo de cuenta de éstos todos los gastos de entierro, exequias, funerales y demas sufragios que sean costumbre sin que por dejar de cumplir estos deberes puedan las autoridades formar inventario de los bienes, si bien podrán ser compelidos á su ejecucion por los tribunales ordinarios.

ORÍGENES

Ley 14, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (1776).

COMENTARIO

Había dispuesto la ley XXXVI de Toro que cuando al comisario encargado de hacer testamento en nombre de su poderdante dejare de cumplir su mandato pasasen los bienes del finado á los parientes á quienes correspondiera por la ley el derecho succesorio, pero con la obligacion de disponer de la quinta parte de dichos bienes por el ánima del testador. De aquí nació la duda de si en todo caso ora muriese la persona de cuya sucesion se trata sin testamento por no haberlo otorgado el comisario, ora el testamento otorgado fuere inválido ó no lo otorgase ni diera para ello poder, tendría aplicacion la misma regla y en su virtud, tendrían los parientes que son llamados por la ley obligacion de investir el quinto de los bienes por el ánima del finado. Para resolver esta duda se dictó la ley que comentamos por la que se ordenó y mandó que los bienes y herencias de los que mueren abintestato absolutamente se entreguen íntegros y sin deduccion alguna á los parientes que deben heredarlos segun el órden de suceder que disponen las leyes del reyno; debiendo los referidos herederos hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el país con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto, y en el caso sólo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios jueces sin que por dicha comision y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario: todo lo cual,—termina diciendo la ley,—se cumpla sin embargo de cualesquiera estilos, usos y costumbres contrarias, aunque sean inmemoriales, pues en caso necesario las derogo y anulo como opuestos á razon y Derecho.

Artículo 1080.—Tiene lugar la sucesion intestada:

Primero. Cuando uno muere sin hacer testamento ó con testamento imperfecto ó nulo.

Segundo. Cuando el testamento no con-

tiene institucion de heredero en todo ó en alguna parte de los bienes.

Tercero. Cuando pierde su validez por nacimiento de un póstumo.

Cuarto. Cuando el heredero instituido repudie la herencia, ó fuere privado de ella por indignidad.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1968 Cód. Portugal.— Párr. único, tít. 1.°, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Sent. 21 Junio 1862.

Aun invalidándose una donacion, no pueden pasar los bienes en que consiste á los herederos abintestato, si la testadora, en virtud de su libre disposicion, llama á otros para este caso (Sent. 26 Marzo 1845).

A los herederos del testador, ó al Estado en su defecto, corresponde únicamente ejecutar las acciones propuestas contra la disposicion testamentaria, caso de que, por nulidad de ésta, debieran suceder en los bienes los herederos legítimos (Sent. 6 Febrero 1854).

Los herederos de una persona no pueden tener otros derechos, cuando reclaman bienes hereditarios, que los que aquella tuviera al tiempo de su muerte (Sent. id. id. id.).

A los herederos del testador, ó al Estado en su defecto, corresponde únicamente ejecutar las acciones propuestas contra la disposicion testamentaria, caso de que, por nulidad de ésta, debieran suceder en los bienes los herederos legítimos (Sent. 6 Febrero 1854).

No queda intestado por falta de aceptacion de la herencia, el que en ausencia de su heredero dispone que alguno administre sus bienes hasta que el heredero se presente, si la persona nombrada entra en la administracion á nombre del ausente (Sent. 5 de Junio 1855).

El que dispone de sus bienes para el caso de que un heredero haya fallecido ántes que él, no muere intestado aunque así se verifique (Sent. id. id. id.).

El contrato en que uno promete á otro en escritura solemne dejarle sus bienes, obliga al que lo ofrece á instituir heredero al favorecido, si otorga testamento; y no otorgándolo, da á éste derecho para ser heredero (Sent. 3 Junio 1858).

No es llegado el caso de la sucesion intestada cuando es válido el testamento y la distribucion que el testador mandó hacer de sus bienes (Sent. 11 de Enero 1860).

Existiendo un testamento con todas las condiciones exigidas por la ley, é instituido un heredero de confianza que cumpla las disposiciones del testador y dé á los bienes el destino prevenido por el mismo, no puede abrirse la herencia intestada.

La muerte de la persona con cuyo consejo y beneplácito debe un heredero fiduciario dar á los bienes de la herencia el destino prevenido por el testador en una nota entregada á aquélla, no es motivo bastante para abrir la herencia intestada, ni para que se aplique la doctrina de jurisprudencia que establece la adjudicacion de la herencia á los próximos parientes cuando el testamento puede hacerse efectivo, si las disposiciones del testador son de todos conocidas y no puede ignorarlas dicho heredero (Sent. 18 Junio 1860).

Existiendo en un testamento institucion hereditaria, es incompatible con ella la sucesion intestada (Sent. 29 Noviembre 1861).

Cuando el testador deja su herencia en último lugar á *quien por derecho tocare y correspondiese*, la significacion legal de estas palabras se refiere al pariente ó parientes más próximos al testador que existiesen al tiempo de abrirse la sucesion á su herencia (Sent. 16 Enero 1863).

La doctrina de que la sucesion abintestato se abre cuando, aunque el testador haya hecho testamento é instituído heredero, la institucion queda sin efecto ó no puede realizarse por cualquiera razon, doctrina fundada en la ley 1.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, que dispone *en cuantas maneras pueden los omes morir sin testamentos*, no es aplicable más que en los casos que ésta expresa, entre los que no está comprendido el incumplimiento de lo ordenado por el testador (Sent. 15 Marzo 1864).

Cuando se instituye por heredera al alma del testador, no falta el heredero, ni queda por consiguiente sin efecto la institucion (Sentencia id. id. id.).

Si el nombrado heredero fiduciario fallece sin hacer la distribucion de los bienes, hay una imposibilidad absoluta para que él cumpliese el fideicomiso, y no puede deducirse de esto

que no habiéndose realizado por esta causa lo ordenado por el testador, deba quedar sin efecto la institucion de heredero, abriéndose la sucesion abintestato (Sent. 15 Marzo 1864).

Debe considerarse intestado el fallecimiento de una persona cuando no se presenta su testamento ni consta legalmente su existencia (Sentencia 8 Abril 1865).

Debe entenderse que fallece intestado el testador cuyo heredero pierde el derecho á la herencia por no cumplir la condicion impuesta y el sustituto nombrado fallece ántes que el instituído heredero (Sent. 30 Junio 1866).

Siendo nulo un testamento de derecho se presume que el testador murió intestado, y la herencia debe pasar á los parientes más próximos, como sus herederos abintestato (Sentencia 28 Junio 1866).

Segun la ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Novísima Recopilacion, es permido á cualquiera el morir parte testado y parte intestado (Sent. 20 Diciembre 1866).

Cuando hay institucion de heredero universal hecha en testamento válido, si por cualquier causa caducan los legados que el mismo contenga, los bienes legados quedan en la masa hereditaria. Admitida la herencia por el heredero universal así instituído, no puede tener lugar la sucesion intestada, ni con respecto á legados que por cualquier causa se declaren caducados, sin la renuncia del instituído heredero (Sent. 14 Setiembre 1867).

Cuando la causa para declararse el intestado es la falta de herederos que cedan la herencia y no la interpretacion de las palabras del testamento, son inaplicables al caso de la ley 120 Digesto, *De verborum significatione*, la 5.ª, título XXXIII, Partida 7.ª, y la repetida jurisprudencia del Tribunal Snpremo de que en materia de testamentos la voluntad del testador es la ley de la sucesion, debiéndose cumplir puntualmente lo ordenado por el mismo (Sentencia 17 Diciembre 1869).

Declarados nulos un testamento y codicilo por los vicios que contra uno y otro se objetan y reconocidos como herederos abistestato los que deben serlo, no se infringe la ley 11, tít. V, Partida 6.ª, ni la 1.ª, tít. XVIII, lib. X, de la Nov. Rec. (Sent. 23 Febrero 1870).

Cuando á la demanda pidiendo una herencia en concepto de intestada, se excepciona que la persona de que procede dicha herencia murió con testamento, y desde entónces la cuestion del pleito se reduce á saber si es este válido, ó no, la sentencia que, aunque prescinda de la declaracion de nulidad del testamento, por decir que no se pidió en tiempo, falle en conformidad de la demanda desestimando virtualmente la excepcion propuesta en la contestacion á la misma, no infringe la ley 16, tít. XXII, de la Partida 3.ª, ni las demas disposiciones que establecen la congruencia que debe haber entre la demanda y el fallo (Sent. 15 Marzo 1870).

Habiendo llamamiento á la herencia para el caso de que el heredero universal instituido no dispusiese de ella, no es posible declarar que pertenece á los herederos abintestato, sin quebrantamiento del pacto establecido en el heredamiento (Sent. 30 Setiembre 1870).

No cumpliéndose por los herederos voluntarios de un testador la condicion lícita por su naturaleza y que podia tener efecto, que les puso para que adquiriesen la herencia, pierden el derecho á la sucesion, y sobreviene el caso del llamamiento expreso hecho por el mismo á los herederos legítimos; sin que la sentencia que así lo determine, infrinja la ley 3.ª, tít. IV, Partida 6.ª, que habla de las condiciones imposibles de hecho y de derecho (Sent. 27 Mayo 1871).

Habiendo llamamientos directos, la sentencia, que se ajusta á lo dispuesto por el testador no infringe la voluntad de éste ni las reglas de la sucesion abintestato, que en este caso se invocan con notoria importunidad (Sent. 19 Noviembre 1874).

Anulado el testamento bajo el cual falleció un individuo, la declaracion de herederos abintestato de aquél hecha á favor de sus parientes, debe considerarse como subsistente y eficaz miéntras no sean excluidos por otros que pidan y obtengan legalmente igual declaracion como de mejor y preferente derecho (Sent. 11 Diciembre 1876).

Si en el testamento y memoria bajo el cual falleció un testador, designó herederos de la propiedad de sus bienes para despues de la muerte de los usufructuarios poniendo en último lugar á los que la justicia designase, ó lo que es lo mismo, á quien por derecho tocase y correspondiese, cuya significacion legal se refiere al pariente ó parientes del mismo testador que existiesen al tiempo de abrirse los sucesiones de la herencia, al adjudicar los bienes con arreglo á esta disposicion, no se infringe porque no es la doctrina del Tribunal Supremo, segun la que se considera

muerto intestado, respecto de la propiedad de sus bienes, al que no designa heredero de ella para despues de la muerte de los usufructuarios, y se consigna el derecho del heredero abintestato á trasmitir á los suyos el de aquella misma propiedad desde la muerte del intestado (Sent. 1.° Octubre 1877).

COMENTARIO

Exactamente copiada del Derecho Romano, la ley de Partidas señala cuatro casos en los cuales tiene lugar la sucesion intestada que en rigor se reducen á dos, á saber, por falta de todo el testamento ó por la de la institucion solamente, ya sea que el heredero renuncie la herencia ó se haga indigno de adquirirla, ó que el testamento se anule. En otro lugar hemos hablado de estas causas apuntadas en el artículo y no hace falta repetirlas. Sólo sí conviene hacer constar, que miéntras exista un testamento ó heredero nombrado por el testador con capacidad para heredar, no se abre la sucesion abintestato y únicamente cuando uno y otro falte, por cualquiera de las cuatro causas enumeradas en el artículo comentado, es cuando los parientes más próximos del difunto adquieren derecho á la herencia por ministerio de la ley, pueden trasmitirlo á los suyos áun cuando los bienes hereditarios, estén gravados con alguna servidumbre ó usufructo; doctrina aceptada y declarada en varios fallos del Tribunal Supremo.

Artículo 1081.—En el caso del número 4.° del artículo anterior, no se invalidará el testamento en cuanto á las mandas y otras disposiciones que en él se contengan distintas de la institucion de heredero.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

De la disposicion contenida en este artículo han deducido algunos autores que no regía lo dispuesto en el número 4.° del anterior, porque en él se dice, tiene lugar la sucesion intestada cuando el heredero instituido repudia la herencia ó es privado de ella por indignidad, y en el presente, cuyo orígen es la ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec., se establece que si el heredero nombrado por el testador no quisiere aceptar, valga el testamento en cuanto á las mandas y las otras cosas en él contenidas. No hay razon para suponer derogada una disposicion por la otra, porque en nuestro derecho con arreglo á dicha ley confirmada por sentencias del Tribunal Supremo, es lícito morir parte testado y parte intestado; no porque falte el heredero dejarán de cumplirse los encargos hechos por el testador en el testamento, independientemente de la institucion, de suerte que si no es el heredero testamentario el que los cumpla, será el designado por la ley y los efectos siempre vendrán á ser los mismos. No hay, pues, que confundir el cumplimiento de esas obligaciones con lo que se refiere al intestato.

Aquellas fueron constituidas por el difunto á favor de otras personas que tienen derecho á exigirlas, independientemente de la persona llamada á disfrutar la herencia. Si el finado murió sin dejar heredero testamentario que adquiera sus bienes, la ley se encargará de suplir su voluntad nombrándole quien le represente, y no por eso dejará de ser válido el testamento en cuanto á las mandas y demas encargos en él contenidos.

Artículo 1082.—Cuando el finado dejare uno ó más hijos que con arreglo á lo prevenido en el párrafo primero del artículo 934, fueren indignos de sucederle, pasará la herencia de aquél, si falleció intestado ó con testamento anterior á la enfermedad, al extraño que le socorrió y cuidó y en cuya casa ocurrió el fallecimiento, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. VII, Partida 6.ª

COMENTARIO

En el artículo citado hemos estudiado esta causa, que lo es á un mismo tiempo de indignacion y desheredacion. La ley añade: «si ellos (los descendientes del loco), non lo quisieren fazer, e el furioso muriese sin testamento este que lo llevo a su casa deue aver todos los bienes: e los que lo desampararon non deue aver ninguna cosa. E si el furioso tornase a su memoria podria deseredar por esta razon a aquellos que los deuian eredar por derecho si non errassen contra el. E si el desmemoriado oviesse fecho testamento ante que cayesse en locura, e oviesse establescido por herederos a sus hijos o algunos de los que descendiessen del por li-

ña derecha; si el furioso muriesse despues en casa del estraño, non vale el testamento cuanto en el establescimiento de erederos. Ca non deuen aver ellos la eredad, mas aquel estraño en cuyo poder murió. Mas bien valdria el testamento, cuanto en las otras mandas que ouiesse fecho en él».

Tal es el precepto de la ley que no necesita un comentario más extenso.

SECCION PRIMERA

DE LAS LINEAS Y GRADOS DE PARENTESCO

Artículo 1083.—Las herencias sin testamento se rigen por líneas, grados y representacion.

El parentesco se mide por líneas, y éstas por grados.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 3.ª, tit. VI, Partida 4.ª
Ley 5.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

La palabra *primo* es genérica y bajo esta denominacion se comprende, no sólo á los hijos del hermano del padre y la madre, sinó tambien á los siguientes en grado (Sent. 29 Octubre 1861).

Se entiende por parientes para el efecto de distribuir entre ellos los bienes de un testador, los que comprende y reconoce la ley de 16 de Mayo de 1835, ó los que se hallan dentro del décimo grado igualmente que los cónyuges conforme á dicha ley y la 6.ª, tít. XIII, Partida 6.ª (Sents. 26 Junio 1854 y 22 Junio 1862).

Artículo 1084.—La línea es recta y oblicua.

Se llama recta la serie de personas que descienden unas de otras.

Oblicua ó trasversal la de las personas que sin descender unas de otras vienen de un mismo tronco.

ORÍGENES

Ley 2.ª tit. VI, Partida 4.ª
Ley 2.ª, tit. XIII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 736 Cód. Francia.—346 Holanda.—1974 y 1975 Portugal.—886 Luisiana.—520 Vaud.—763 Valais. —594 Neufchatel.—36 con adiciones ley especial del canton Saint-Gall.

JURISPRUDENCIA

No tiene aplicacion, ni por tanto puede decirse infringida por la sentencia, la ley 2.ª, título XIII, Partida 6.ª, que se limita á declarar cuántos grados son de parentesco, estableciendo las tres líneas de descendientes, ascendientes y colaterales, y reservando á otras leyes la declaracion de los derechos de cada una de las líneas, si resulta que en el pleito no se ha discutido ni negado á la parte recurrente su cualidad de pariente colateral, y áun heredero legítimo de su causante (Sent. 7 Noviembre 1877).

No se infringen las leyes 1.ª y 2.ª, tít. IV, Partida 4.ª, cuando la Sala sentenciadora no hace declaraciones de parentesco ni de líneas contrariando las reglas que á este propósito establecen dichas leyes (Sent. 13 Diciembre 1877).

Artículo 1085.—Las generaciones ó distancias entre las personas comprendidas en una línea constituyen los grados.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VI, Partida 4.ª
Real Decreto 31 Diciembre 1829.
Instruccion 7 Marzo 1831.
Ley 16 Mayo 1835.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 735 Cód. Francia.—1973 Portugal. — Los demas Códigos comprenden esta materia en los artículos citados en el anterior, hasta el 349 Holanda.—888 Luisiana.—523 Vaud.—768 Valais.—597 Neufchatel.—42

ley especial del canton Saint-Gall.—Ley 10, título X, lib. XXXVIII, Digesto.

COMENTARIO

Una *manera segun fuero de los legos* y otra *segun los establecimientos de Santa Iglesia*, existen marcadas en las Partidas para computar los grados de parentesco entre las personas unidas por este vínculo á un mismo tronco, aplicando la primera á las herencias, y la segunda al matrimonio puramente canónico.

Dudábase, sin embargo, por los autores si la computacion civil y canónica debía regir de este modo en algunos casos, porque con arreglo á la Real Cédula de 25 de Setiembre de 1798, y á una Sentencia dada en 15 de Julio de 1802, las sucesiones se extendían más allá del cuarto grado y de esta deducían que debía regir en las herencias la computacion canónica; pero publicado el Decreto de 31 de Diciembre de 1829 con la instruccion de 7 de Marzo de 1831, no hubo lugar á dudas; con arreglo al derecho civil, pues, deben computarse los grados de parentesco, siempre que se trate de herencias, como ha sido confirmado por la ley de 18 de Mayo de 1835 y varios fallos del Tribunal Supremo.

Artículo 1086.—En todas las líneas hay tantos grados cuantas son las generaciones.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco; así el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo, tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco comun, y despues se baja hasta la persona con quien se quiere hacer la computacion; así el hermano dista dos grados del hermano, tres del tio, cuatro del primo hermano y así en adelante.

ORÍGENES

Leyes 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. VI, Partida 4.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 737 y 738 Cód. Francia.—348 y 349 Holanda.—1976 y 1977 Portugal.—Véase los demas citados anteriormente.

COMENTARIO

Notable diferencia hay entre el Derecho civil y canónico en cuanto al modo de computar los grados, segun se trate de la línea recta ó de la trasversal. En la línea recta son tantos los grados cuantas generaciones haya, segun el Derecho civil y canónico, pues áun cuando el método para contarlos es diferente, el resultado es siempre el mismo; el primero cuenta las distancias ó generaciones, y el segundo las personas ménos la del tronco, de suerte que, con arreglo al primero, el nieto ocupa el segundo grado respecto del abuelo, porque hay entre ellos dos distancias ó generaciones, y mediante el Derecho canónico ocupa el mismo grado, porque son tres las personas y no se cuenta la primera.

No existe esta conformidad entre el Derecho civil y canónico en cuanto á la línea trasversal, porque el primero cuenta las generaciones de ambos lados, y el segundo sólo la de cualquiera de ellos si la línea es igual, ó la más larga si fueren desiguales; de manera que entre dos primos habrá, con arreglo al Derecho civil, cuatro grados, y segun el canónico solamente dos.

Es línea igual aquella cuyos grados equidistan del tronco de suerte que tantos hay en uno como en otro lado, y desigual la que en uno de sus lados dista más del tronco comun que en el otro. Con arreglo al Derecho civil, basta en la primera contar dobles las generaciones de uno de los lados para obtener el resultado que se desee, porque como para la computacion hay que subir hasta la raiz comun, y luégo descender por el otro lado hasta la persona con la cual se hace aquélla, siendo iguales las distancias basta para obtener el resultado contar dobles las de un lado; pero en la línea desigual hay que contar tambien los del otro, de manera que el sobrino dista de su tio tres grados, porque hasta el tronco comun hay dos grados, y desde éste hasta el tio otro que forma el tercero.

Artículo 1087.—La computacion de que trata el artículo anterior rige en todas las materias, excepto las que tengan relacion con los impedimentos del matrimonio canónico.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VI, Partida 4.ª
Ley 16 Mayo 1835.

JURISPRUDENCIA

No hay ley ni doctrina legal que establezca la computacion canónica para graduar el parentesco de herederos y legatarios, cuando los testadores no lo hayan establecido terminantemente (Sent. 29 Noviembre 1861).

No puede suponerse contrariada la voluntad ni infringida la última disposicion de un testador por haberse computado civilmente conforme á las leyes del reino el parentesco de las llamadas por él á la sucesion (Sent. id. id. id.).

COMENTARIO

La razon de este precepto no es difícil de comprender. En todo aquello que al Derecho civil se refiere, ha de seguirse la computacion de grados y líneas del parentesco por el mismo Derecho civil establecido, como complemento necesario de otras disposiciones. Esta regla general no necesita verdaderamente explicacion, y de ella no hubieran tenido necesidad de ocuparse las leyes, á no ser porque, admitidos como del reino los cánones de la Iglesia en materia de matrimonio, convino hacer constar que la computacion canónica sólo se aceptaba para los mismos efectos matrimoniales, pero esto no pedía entenderse como abdicacion ni derogacion de las disposiciones del Estado sobre parentescos. Las filtraciones constantes de la potestad de la Iglesia en lo que es privativo del Estado, recomendaron acaso la aclaracion de la ley de Partida.

Artículo 1088.—En las herencias el pariente más próximo en grado, excluye al más remoto y en igualdad de grados se sucede en iguales partes.

ORÍGENES

Leyes 3.ª y 6.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Leyes 4.ª y 10, tít. II, lib. III, Fuero Juzgo
Ley 1.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1970 Cód. Portugal.—Novela 118, cap. III, párr. 1.º—El art. 734 Francia, consigna dicha disposicion dentro de cada línea, porque divide la herencia entre las líneas paterna y materna y le siguen entre otros el 538 Vaud y 897 Holanda.

COMENTARIO

Hé aquí dos principios consignados en algunas leyes que tienen gran aplicacion en los distintos órdenes de suceder. La proximidad en el parentesco era la circunstancia principal que la ley no debia olvidar al llamar á la herencia á las personas más queridas del difunto, porque más grande y verdadero es el cariño cuanto más estrechos son los vínculos de parentesco entre las personas; pero como entre éstas pudiera haber varias que estuvieran en el mismo grado y por tanto igualmente unidas á aquel de cuya sucesion se trata, ántes de establecer preferencias contrarias á las justicia y á la armonía de la familia, el legislador dispuso que en tal caso heredan todos por iguales partes, puesto que igual era el título que ostentaban y el derecho de que venian á hacer uso.

SECCION SEGUNDA

DE LA REPRESENTACION

Artículo 1089.—La representacion da á un pariente vivo los derechos que tendría otro ya difunto si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga.

La representacion solamente tiene lugar en los casos taxativamente marcados por la ley.

ORÍGENES

Leyes 3.ª y 5.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Ley 7.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.
Ley 2.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.
Ley 5.ª, tít. XVII, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 739 Cód. Francia.—888 Holanda.—890 Luisiana.—716 Bolivia.—1980 Portugal.—524 Vaud.—717 Friburgo.—444 Tesino.—771 Valais.—599 Neufchatel.—660 Nápoles.—924 Cerdeña.—Novela 118.—Cap. I, párrafo 6.º, tít. I, lib. III, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Establecido por la ley 5.ª, tít. XVII, lib. X, Nov. Rec., el derecho de representacion en la línea recta y trasversal, la sentencia que reco-

noce dicho derecho no puede decirse que infringe la expresada ley (Sent. 12 Mayo 1863).

Es constante y universalmente reconocido el principio de la representacion, sobre todo en la línea recta descendente, para las sucesiones en general, y más aún para los fideicomisos que, siquiera sean temporales, conservan analogía con las antiguas vinculaciones (Sent. 26 Febrero 1870).

Tratándose de una sucesion voluntaria en que los favorecidos no tienen más título que el que les da la expresa voluntad del testador, no puede tener lugar el derecho de representacion que sólo procede en la sucesion legítima entre descendientes ó colaterales de segundo grado y en las sucesiones vinculares (Sent. 4 Abril 1871).

COMENTARIO

El modo de suceder por representacion, llamado tambien por *estirpes* tiene lugar cuando se adquiere una herencia no por sí, sinó por la persona de otro que ya ha muerto, es una ficcion mediante la que el legislador hace entrar á otras personas en el lugar, derechos y acciones que tendría el representado si viviese. Síguese de aquí que no puede ser representada una persona viva en el sentido que estamos estudiando; de manera, que si uno renunciase la herencia, los herederos abintestato no la adquirirán por derecho de representacion, porque no puede representarse al que no tiene derecho alguno en el mero hecho de haberlo renunciado.

Se diferencia este modo de suceder de los que tienen lugar por *cabezas* y por *líneas*, en que en el primero de estos dos se sucede por derecho propio, en el segundo por series de personas. Los que suceden por cabezas adquieren de la herencia la parte que les corresponda despues de dividirla entre ellos, de manera que se hacen tantas partes del caudal hereditario cuantos son los llamados á heredar, así como en la sucesion por líneas se divide la herencia entre la línea paterna y materna, áun cuando en una haya muchos parientes y en la otra pocos. Por el derecho de representacion las personas llamadas á suceder, adquieren únicamente la parte que hubiera correspondido al representado.

No en todas las línea tiene lugar la representacion como estudiaremos más adelante al tratar de los órdenes de sucesion. Tiene lugar la representacion, en la línea recta descendente hasta el infinito y en todos los casos, con arreglo á la ley 5.ª, tít. XIII, Partida 6.ª y á la 2.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.: no sucede lo mismo en la línea de los ascendientes, entre los cuales el más próximo excluye al más remoto y no cabe por lo tanto la representacion. ¿Qué motivo ó causa habrá para admitir este derecho en los descendientes y negarlo en la línea de los ascendientes? En primer lugar, el de la mayor extension que tiene el cariño cuando se trata de los descendientes, que cuando es de los ascendientes, porque respecto á éstos siempre quiere más el hijo á los padres que á los abuelos, y en segundo lugar, el mismo órden marcado por la naturaleza, segun la cual debiendo morir ántes el abuelo que el nieto no cabe del mismo modo la representacion en cuanto al primero que en cuanto al segundo, porque este, si el padre á quien representa no hubiera premuerto, le hubiera luégo sucedido en los mismos bienes y es por tanto muy natural que le represente.

Por último, en la línea de los colaterales sólo tiene lugar la representacion en los hijos de hermanos cuando concurren con sus tios á la sucesion de otro tio, como veremos más adelante.

CAPÍTULO II

DEL ÓRDEN DE HEREDAR SEGUN LA DIVERSIDAD DE LINEAS

SECCION PRIMERA

DE LA LINEA RECTA DESCENDENTE

Artículo 1090.—La ley llama á la herencia en primer lugar, á los descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XIII, Partida 4.ª
Ley 3.ª, tit. XIII, Partida 6.ª
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 2.ª, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
Leyes 1.ª, 3.ª, 7.ª y 8.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.
Ley 1.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (6.ª de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 745 Cód. Francia.—1985 Portugal.—Novela 118, cap. I, ley 15, tít. LVIII, lib. VI, Cód. Romano.

El mismo principio se halla consignado en todos los Códigos, salvo algunos privilegios en favor de la masculinidad vigentes todavía en Inglaterra, Dinamarca, Rusia, Servia y algunos cantones Suizos.

JURISPRUDENCIA

Las leyes de los Fueros Juzgo y Real, Partida 6.ª de Toro relativas al órden de sucesion testada é intestada de ascendientes y descendientes, y division de los bienes de los padres entre sus hijos, son inaplicables á las vinculaciones en materia de sucesiones (Sent. 7 Febrero 1861).

Existiendo las leyes recopiladas, no pueden considerarse infringidas las leyes de los Fueros Juzgo y Real en materia de sucesiones Sent. id. id. id.).

Aunque bajo la denominacion de hijos se comprenden los nietos y demas descendientes en línea recta, esto no tiene lugar cuando se trata de interpretacion de leyes que tienen un objeto especial, como sucede con la 15 de Toro (Sent. 11 Marzo 1861).

Son hijos legítimos los legitimados por subsiguiente matrimonio, segun la ley 1.ª, tít. XIII, Partida 4.ª, y merecen igual concepto para todos los efectos civiles (Sents. 24 Abril, 17 Junio 1861 y 12 Noviembre 1864).

Fallecido un padre sin testar, sus hijos ó descendientes de estos que les sobrevivieren, deben sucederle en todos los bienes y derechos que correspondiesen ó pudieran corresponder en lo sucesivo por cualquier evento á su herencia, y no deben quedar exceptuados de esta regla los bienes comprendidos en una escritura de capitulaciones matrimoniales, cuando se verifica la condicion prevista en el pacto consignado en la misma para que dichos bienes entren á formar parte de la herencia (Sent. 28 Mayo 1866).

Si bien en general es exacta la doctrina de que por hijos se entienden tambien los nietos no puede ser aplicable al caso en que el testador instituye ó sustituye expresa y únicamente á los primeros y sólo á falta de ellos á los nietos (Sent. 24 Abril 1867).

Bajo la palabra hijos, se comprenden los nietos (Sents. 28 Abril 1858, 14 Octubre 1867 y 26 Febrero 1870).

Muerta intestada una persona, corresponden sus bienes á los hijos que dejare por iguales partes, segun lo dispuesto en la ley 3.ª, título XIII, Partida 6.ª (Sent. 22 Diciembre 1869).

Es doctrina legal que bajo la palabra hijos, se comprenden tambien las hijas (Sent. 26 Marzo 1870).

La doctrina del Supremo Tribunal, segun la

que en los llamamientos de hijos se comprende á los nietos y demas descendientes, sólo tiene aplicacion á los hijos y nietos legítimos del testador en virtud del derecho de representacion de todos sus descendientes, pero de ninguna manera á los hijos y nietos de sus hermanas, á quienes instituyó usufructuarias para el caso de morir él sin hijos (Sent. 3 Marzo 1873).

Segun la jurisprudencia en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, bajo la palabra hijos se entienden comprendidos los nietos y demas descendientes, especialmente en materia sucesoria ó vincular (Sents. 23 Abril 1864 y 31 Marzo 1873).

No puede decirse infringida dicha doctrina del Tribunal Supremo, por una sentencia, cuando no tiene aquélla aplicacion al caso, dados los términos en que se halla redactada la cláusula de institucion (Sent. 4 Febrero 1874).

Si bien con arreglo á la ley 6.ª de Toro los descendientes suceden á sus ascendientes en todos sus bienes, les suceden igualmente en sus obligaciones y responsabilidades (Sent. 14 Junio 1875).

La declaracion que el Tribunal Supremo tiene hecha en cuanto á que bajo la palabra hijos se comprenden los nietos y demas descendientes, se entiende cuando esta declaracion no se halla limitada por alguna ley especial (Sent. 13 Diciembre 1877).

COMENTARIO

El órden marcado por las leyes para la sucecion abintestato, es el de descendientes, ascendientes y colaterales. En cuanto á los primeros, dice el Fuero Juzgo que en la heredad del padre deben entrar los hijos primeramente, si éstos no existieran los nietos, y en su defecto los biznietos. Al decir descendientes nos referimos á los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, que, como declara el Tribunal Supremo en repetidos fallos, están equiparados á los legítimos y merecen igual concepto para todos los efectos civiles.

Lo más conforme á la naturaleza y á la voluntad del hombre, es que los descendientes sean llamados en primer lugar á la herencia del padre; nadie más obligado á mirar por los hijos, y nadie, á la vez, se halla á ellos tan unido por los vínculos de la sangre y del cariño. Por esto el legislador, al fijar quiénes habian de suceder al que por cualquiera de las causas ya estudiadas hubiere dejado de hacer testamento, ó éste se anulase, no pudo ménos de atender á la naturaleza humana é interpretar la voluntad, llamando en primer lugar á los que por ser descendientes debian adquirir los bienes.

Artículo 1091.— Los hijos del finado le heredan siempre por su propio derecho y en partes iguales.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. II, y 1.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 745 Cód. Francia en su segunda parte.—1986 Portugal y demas citados en el anterior.

COMENTARIO

Ante todo debe tenerse presente que en la sucesion de los descendientes no hay limitacion de grados, ni distincion de varones ó hembras, pues todos están unidos con el mismo vínculo á su padre ó madre.

Tres casos pueden distinguirse en las disposiciones de la ley, á saber, que concurran sólo descendientes del primer grado, ó de éste con los de grados ulteriores, ó solamente de estos últimos. El artículo presente se ocupa del primero, y con arreglo á lo dispuesto en él sucederán los descendientes *por cabezas*, dividiéndose la herencia en tantas partes cuantos sean los llamados á ella, de manera que entrarán á suceder por sus propias personas y en virtud de derecho propio.

Artículo 1092.—Los nietos y demas descendientes heredan por derecho de representacion, con arreglo al art. 1089.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 7.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1987 Cód. Portugal y demas citados en los dos anteriores artículos.

JURISPRUDENCIA

No se infringe la ley 2.ª, tít. LV del Código

romano, la Novela 98 de Justiniano y la ley 3.ª, tít. XII, Partida 3.ª, referentes á que, cuando se deja una herencia en cierta época á quien correspondiere por derecho, se entiende llamado el pariente más próximo que debiere heredar, cuando tales disposiciones sirven de fundamento para llamar á la herencia á los nietos (Sent. 23 Febrero 1871).

La doctrina del Supremo Tribunal, segun la que, en los llamamientos se comprende á los nietos y demas descendientes, sólo tiene aplicacion á los hijos y nietos legítimos del testador, en virtud del derecho de representacion de todos sus descendientes; pero de ninguna manera á los hijos y nietos de sus hermanas, á quienes instituyó usufructuarios para el caso de morir él sin hijos (Sent. 3 Marzo 1873).

COMENTARIO

De los tres casos que, segun hemos dicho en el comentario anterior, pueden distinguirse en la sucesion de los descendientes, falta estudiar el segundo y tercero, que se hallan comprendidos en este artículo.

En el primero de éstos, que tiene lugar cuando concurren á la sucesion descendientes de primer grado con otros de grados ulteriores, heredarán aquéllos *por cabezas*, segun dejamos explicado, y *por estirpes* ó por derecho de representacion los últimos; de manera que éstos no tendrán de la herencia más que la parte correspondiente á la persona de quien proceden y cuyo derecho representan. Esto mismo tiene lugar en el tercer caso, cuando sólo intervienen descendientes de grados ulteriores; en uno y otro, pues, no se divide la herencia por partes iguales entre todos ellos, sinó por *estirpes*, de suerte que si aquélla es de cuatro mil escudos y los hijos son cuatro, de los cuales hayan muerto dos ó todos ellos, que para el caso es igual, dejando descendiente (nietos de la persona de cuya sucesion se trata) el caudal hereditario se dividirá en cuatro partes correspondientes á los cuatro hijos del difunto, y los hijos de cada uno de éstos tendrán los mil escudos que á sus respectivos padres les tocó, áun cuando por parte de uno de ellos concurran dos, cuatro ó más nietos, y por parte de otra sólo concurra uno, aquéllos se dividirán los mil escudos de su padre, y el último adquirirá los otros mil del suyo.

Ahora bien, ¿es limitado el derecho de representacion ó se extiende hasta lo infinito en la línea de los descendientes? De las disposiciones de la ley se desprende lo segundo, y es doctrina admitida por la generalidad de los autores. Ha habido sí, autores, que fundados en el Derecho Romano, cuyas disposiciones no citan ejemplos más allá de los biznietos, han limitado la representacion á este grado diciendo que no pasaba de él; pero la generalidad lo rechaza y entre ellos Gomez, fundándose en la Auténtica *in successione*, en otros testimonios deducidos del Derecho Romano, en la misma razon que existe para concederla, y en la no existencia de textos que coarten dicha representacion como los hay en otros casos, la supone aplicable hasta lo infinito en la línea recta de los descendientes.

El Proyecto de Código en su art. 752 dice que: «repudiando el pariente más próximo, si es solo, ó todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho, y sin que puedan representar al repudiante». De aquí parece sobreentenderse que en algunos casos podrán los nietos suceder por derecho propio y no por representacion, casos que constituyen excepciones al principio generalmente admitido. En efecto, los comentaristas señalan entre ellas dos, la indignidad y la renuncia; de suerte que los hijos del indigno para suceder y del renunciante, que son á la vez nietos del difunto, le sucederán por derecho propio, como parientes más próximos, por *cabezas* ó en partes iguales como los del primer grado, lo que fácilmente se explica, porque la representacion da al representante los derechos que tenía el representado, en los cuales entra aquel á suceder en lugar de éste, y por tanto, no teniendo derecho alguno el que los renuncia, ó el que se hace indigno, no cabe que con arreglo á él sucedan sus hijos si no por sí y con derecho propio, como parientes más próximos en la línea descendente y por no haber otros hijos, pues de haberlos éstos serían los que sucederían excluyendo á los nietos. Hé aquí, por qué en la práctica se admiten estos dos casos, en los cuales es inútil la representacion y pueden los descendientes de ulteriores grados suceder como los del primero.

Artículo 1093.—La sucesion de los descendientes nacidos de distintos matrimonios no varía en cuanto al ascendiente comun; pero en cuanto al difunto y nuevo cónyuge les heredarán sus respectivos hijos.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo
Ley 12, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

El derecho sucesorio de los descendientes, se funda en los vínculos de la sangre ó lo que es lo mismo, tiene por base, no la ley sinó la naturaleza. De aquí se deduce necesariamente que tratándose de un padre que ha contraído dos matrimonios consecutivos, los hijos así del primero como del segundo, habrán de sucederle pues unos y otros tienen respecto de aquel idéntico vínculo, igual grado, y por lo tanto, el mismo derecho. Mas si en el mismo caso fuere la madre la que falleció, solamente heredarán sus bienes los hijos que ella procreó, esto es, los nacidos del segundo matrimonio, así como los hijos del primero heredarán los bienes de su madre. La misma regla se observa cuando es la madre la que ha contraído dos matrimonios consecutivos. Los hijos, pues, heredan al padre ó madre, pero no al padrastro ó madrastra.

Artículo 1094.—A falta de hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, sucederán al padre ó madre los legítimados por rescripto real.

No obstante en cuanto á la sucesion de los demas parientes así como en los honores y preeminencias concurrirán con los legítimos.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XV, Partida 4.ª
Ley 7.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (12 de Toro).

JURISPRUDENCIA

La ley 12 de Toro, como relativa á los hijos legitimados por rescripto del príncipe es inaplicable á los hijos naturales, á los que no sólo no les da derecho de sucesion cuando concurren con los legítimos, sinó que limita la facultad de los padres y abuelos á legarles algo del quinto como á un extraño (Sent. 8 Abril 1876).

COMENTARIO

Hemos dicho anteriormente que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, estaban equiparados á los legítimos para los efectos civiles; pero ¿sucede lo mismo con los legitimados por rescripto del príncipe? De diversa manera se explicaron las leyes del Fuero Real y Partidas en este punto, mas la Novísima Recopilacion, cortando las dudas que se originaban en esta materia, dispuso que tales hijos no heredaran al padre ó madre con los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio que despues nacieren, si no en la que sus padres quieran dejarles de la quinta parte de bienes de que pueden disponer para su alma, y que en cuanto á suceder á los demas parientes, así como en honras y preeminencias en nada han de diferenciarse de los legítimos.

Divididos los autores en sus pareceres al examinar la ley, se explicaron de diferente modo en cuanto á los efectos de la supervivencia de hijos legítimos con respecto á la legitimacion. Para unos desaparecía ésta por el nacimiento de un legítimo, para otros, por el contrario subsistía, fundados en que la gracia concedida por el príncipe nunca desaparece, y por último, otros eligiendo un término medio, suponían subsistente la legitimacion en cuanto á las dignidades y honores áun cuando sobrevinieren hijos legítimos, y la declaraban anulada en cuanto á los bienes cuando esto tenía lugar. Pero se explica de tal modo la ley de Toro en su primer párrafo, que ha suscitado alguna dificultad entre los autores cuando han tratado de marcar los derechos de los hijos legitimados; porque prohibe á éstos el suceder con los legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio que nacieren ó sobrevinieren despues, y naturalmente ocurre preguntar: ¿sucederá lo mismo cuando existieren ya legítimos, ó heredarán justamente unos y otros?

Como la ley de Toro no ha resuelto este punto, algunos autores, rigiéndose por la de Partidas que autoriza á los hijos legitimados por rescripto del príncipe, para heredar á sus padres si no hubiere legítimos y en su consecuencia de ellos si existieren, contestan afirmativamente á la última parte de la pregunta, resolviendo la cuestion con arreglo á esta ley y al derecho de las auténticas. Entienden, pues, que la ley de Toro nada dispone acerca del derecho de un legitimado por rescripto, existiendo ya legítimos y que sólo se refiere al caso en que por nacer éstos varíe la condicion del legitimado anteriormente, suponiendo que el padre al hacerlo teniendo hijos nacidos de legítimo matrimonio, quiso equipararlos á todos haciendo de igual condicion á unos que á otros; así lo resuelven Palacios y Gregorio Lopez.

Gomez, Matienzo y Tello dicen que si el prín-

cipe al conceder la gracia de la legitimacion hace constar ese derecho, no obstante los legítimos, y áun con perjuicio de ellos, heredarán en este caso justamente, mas no cuando nada de esto se expresara; doctrina que tampoco nos parece sostenible, porque el derecho de legítima está por encima del que tengan los legitimados posteriormente. En otro lugar (comentario al art. 960), hemos dicho cuál era nuestra opinion sobre este punto.

La ley de Toro en su último párrafo dispone que los hijos legitimados por rescripto heredarán como los legítimos á los demas parientes y nada deben diferenciarse de ellos cuanto á los honores y preeminencias; con cuya primera parte corta las cuestiones que existian entre los comentaristas y confirma en cuanto á la segunda parte lo que ya se hallaba dispuesto en las Partidas.

Artículo 1095.—En defecto de hijos y descendientes legítimos la ley llama á la herencia de la madre los hijos naturales y espúrios que no sean de dañado y punible ayuntamiento por su órden y grado.

ORÍGENES

Ley 11, tít. XIII, Partida 6.ª

Ley 5.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (9.ª de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. 3.º, tít. IV, lib. III, Instituta.—Ley 5.ª, tít LVII, lib. VI, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Los declarados naturales con relacion á la madre gozan de los derechos que á los de esta clase corresponden, salvo si se justifica que están comprendidos en alguna excepcion (Sentencia 12 Noviembre 1858).

La ley 9.ª de Toro ó sea la 5.ª, tít. XX, libro X, Nov. Rec., no exige para que los hijos sean herederos de la madre que tengan la cualidad de *naturales* en el concepto en que los define la ley 11, ó sea la 1.ª, tít. V, lib. X, sinó que previene que en el caso de no tener la mujer hijos legítimos, aunque tengan padre ó madre, el hijo natural ó *espúreo* sea su heredero *ex-testamento y abintestato*, sin más excepcion que cuando provengan de *dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre* (Sent. 16 Diciembre 1864 y 18 Mayo 1869).

Concretándose las leyes 1.ª y 2.ª, tít. XV, y 5.ª, tít. XIX, Partida 4.ª y 11, tít. XIII, Partida 6.ª, á definir y enumerar las diferentes clases de hijos no legítimos, á establecer una de las maneras de legitimacion de los llamados naturales y á determinar cuáles de aquellos pueden heredar á sus madres, no tienen aplicacion cuando no ha versado el litigio acerca de ninguna de las cuestiones indicadas (Sent. 19 Febrero 1874).

COMENTARIO

Despues del Fuero Viejo donde se encuentran algunas disposiciones sobre la sucesion de los hijos naturales, y despues del Fuero Real que los llamaba la herencia del padre muerto sin descendientes legítimos, siempre que hubiere mediado formal reconocimiento por parte del difunto, las Partidas fueronlas encargadas de fijar los derechos de los hijos naturales á la herencia.

El principio establecido por Derecho Romano, *mater certa est atiamsi vulgo conceperit: pater vero is est quem nuptiæ demostrant*, es el que servía de base á la ley 11, tít. XIII, Partida 6.ª, para llamar á los hijos naturales á la herencia de su madre con igual derecho que á los legítimos.

Mas la ley 9.ª de Toro, ó sea la 5.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec., alteró el derecho de Partidas llamando ántes á los legítimos, con los cuales no podian heredar los naturales, sinó en lo que de la quinta parte de los bienes quisieren sus madres mandarles; pero si faltaren los descendientes legítimos, sucederán los naturales en todos los bienes á su madre aunque ésta deje ascendientes, segun prescribe dicha ley.

Fácilmente se comprende la justicia de estas disposiciones, porque si por un lado no pueden igualarse los hijos nacidos de legítimo matrimonio con los procedentes de otras uniones, por otro lado debe tenerse en cuenta que la madre siempre es cierta y con respecto á ella los hijos siempre son hijos y no deben hacerse de peor condicion que los extraños. Hé aquí por qué la ley reconoce á los naturales el derecho de heredar á su madre ántes de sus ascendientes y despues de los descendientes legítimos.

Otra diferencia hay entre la disposicion de Partidas y la de la Novísima, y es que así como aquella nada decia sobre el modo de suceder

los hijos naturales y espúrios la segunda los llama *por su órden é grado*, de manera que tambien tendrá lugar el derecho de representacion en cuanto á los descendientes de un hijo natural premuerto, y se dará preferencia cuando ese derecho no exista á la proximidad en el parentesco.

Lo que llevamos dicho sobre la sucesion del hijo natural á su madre, se halla por último confirmado como vigente por la ley de 1835 al marcar el órden de suceder de los naturales «sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre».

SECCION SEGUNDA

DE LA LINEA RECTA ASCENDENTE

Artículo 1096.—A falta de hijos y descendientes del difunto, lo heredan sus ascendientes.

ORÍGENES

Leyes 2.ª y 6.ª, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo.
Leyes 1.ª y 10, tít. VI, lib. III, Fuero Real.
Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1993 Cód. Portugal.—489, tít. II, parte III Prusia, únicamente en cuanto al primer grado, ó sean los padres.

JURISPRUDENCIA

Sent. 25 Diciembre 1863.

El derecho y modo de suceder los ascendientes legítimos á sus descendientes, y éstos á aquéllos, se establece en la ley 1.ª, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec. (Sent. 8 Julio 1850).

Las leyes 4.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, y la 1.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec., que ordena la sucesion de los ascendientes en los bienes de sus descendientes, sólo pueden tener aplicacion respecto de los que éstos hayan adquirido de un modo absoluto (Sent. 23 Noviembre 1868).

Si resulta de autos que la testadora recibió la herencia de un hermano con la prohibicion expresa de que pasara en todo ni en parte necesariamente á los herederos forzosos de ella, los cuales quiso que se reputasen en cuanto á sus bienes como si fuesen extraños; ésta, al disponer de aquella parte de su caudal libremente ú obedeciendo las intuiciones de su hermano, no lesionó á sus hijas en sus respectivas legítimas, ni la sentencia que así lo declara, desestimando la querella de inoficioso testamento que éstas dedujeron, infringe la ley 1.ª, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec., que establecen la mutua sucesion, necesaria entre ascendientes y descendientes (Sent. 27 Diciembre 1878).

COMENTARIO

Los ascendientes son los que, en el órden natural de las afecciones, siguen á los descendientes, y por eso los llama la ley á la sucesion despues de éstos. No se expresó el Derecho Romano al principio de la misma manera que despues de Justiniano, porque considerada la madre de un modo distinto que el padre, sin los derechos y consideraciones de éste, no solamente se hizo caso omiso de ella en materia de sucesiones, sinó que tampoco se concedió el derecho de suceder entre madres é hijos. Sabido es cómo fueron desatándose los vínculos civiles que en aquel Derecho tenían aprisionada á la familia, y cómo la madre fué ganando en consideracion, y adquiriendo paulatinamente derechos hasta que llegó á ser igual al marido. Desde entónces la madre, de la misma manera que el padre y los abuelos, adquirieron el derecho de suceder á sus hijos cuando éstos morían sin descendientes, derecho que, fundado por un lado en el mayor afecto que se tiene á los ascendientes sobre los demas parientes colaterales, era á la vez una recompensa por los cuidados y servicios prestados á sus hijos, y una indemnizacion de los gastos que hicieron por ellos. Por esto la ley no solamente las llama á suceder en segundo lugar, con exclusion de los colaterales, sinó que ademas, la ley 2.ª, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec., aclarando las dudas producidas por las Partidas, al llamar á los hermanos en union de los ascendientes, dice que los primeros no podrán concurrir con los segundos á la sucesion, sinó despues de ellos,

de suerte que entran á heredar los ascendientes con exclusion completa de los colaterales.

Artículo 1097.—En la línea de los ascendientes, el más próximo excluye al más remoto, y en igualdad de grados se dividirá la herencia por mitad entre la línea paterna y materna, áun cuando en una de ellas sólo haya uno y en la otra dos abuelos.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Ley 1.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (6.ª de Toro).

COMENTARIO

El principio general de que los parientes próximos excluyen á los remotos, tiene más aplicacion en la línea de los ascendientes que en la de los descendientes, porque el derecho de representacion no tiene lugar entre los primeros. Falta el motivo para que éstos sean representados, desde el momento en que, segun el órden marcado por la naturaleza, es más posible que muera ántes el ascendiente de avanzada edad que el descendiente, y por eso, en la sucesion de aquél, se atiende en primer término á la proximidad de parentesco, y en igualdad de grados se divide la herencia por líneas.

Con arreglo, pues, á estos principios, el padre ó la madre, ya existan ambos, ya solamente uno, son los llamados á suceder al hijo con preferencia á los abuelos; pero si quedaren solamente éstos por falta de padres, la sucesion es lineal, diviéndose la herencia por mitad entre las líneas paterna y materna, de tal manera que los abuelos por parte de padre hereden la mitad, y los que lo sean por parte de madre la otra mitad, y áun cuando de un lado hay dos abuelos y solamente uno del otro lado, la division de la herencia siempre es la misma. Este es el órden marcado por la ley de Partida para la sucesion de los ascendientes, confirmado por la Nov. Rec., al prescribir en la ley citada que deben suceder aquéllos por *su órden ó línea derecha*, y modificado en parte por la ley 2.ª, como ya hemos dicho, en cuanto al llamamiento de los hermanos que el Código alfonsino hace en union de los ascendientes.

Artículo 1098.—Los ascendientes suceden indistintamente á los descendientes en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, salvo en las ciudades, villas y lugares donde por fuero especial rige el principio de troncalidad.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (6.ª de Toro).

COMENTARIO

Los bienes ó las cosas *quel* hijo *ovo de parte* de *sus padres ó de sus avuelos, deben tornar á sus padres, ó á sus avuelos como gelas dieron*, dice la ley 6.ª, tít. II, lib. IV, del Fuero Juzgo, estableciendo el principio de troncalidad, que desconocido por el Derecho Romano y admitido entre los godos como un medio de conservacion de la propiedad, fué aceptado por otros Códigos, como el Fuero Real, Fuero Viejo y algunos fueros municipales de los más importantes. Segun este principio, muertos los descendientes sin posteridad, los bienes adquiridos por parte del padre, debían volver al padre, y los adquiridos por causa de la madre, á ella le correspondían. Nada de esto consignaron las Partidas, y los autores tratando de averiguar si la troncalidad debía regir en algunos puntos en materia de sucesiones, no faltaron algunos que la supusieron vigente, dándole aplicacion general por el carácter que segun su entender tenían los Códigos que consignaron el principio. Es verdad que éste rigió en algunos lugares, que fué copiado en ciertos fueros, pues obedecía á una idea política cual era la conservacion de la propiedad, pero tambien es cierto que los pueblos fueron abandonándolo, dejó de observarse en la práctica y hoy por último sólo ha quedado á manera de excepcion para aquellas villas ó lugares donde por fuero especial se observe segun la Nov. Rec., pero será necesario probar siempre que se trate de aplicar el principio de troncalidad, que está en observancia en el pueblo ó lugar de quien lo alega.

Por último, se ha discutido por los autores si este principio rige en la sucesion intestada ó tambien en la testamentaria, pero creemos es solamente aplicable á la primera, porque como dice Gomez, de lo contrario se restringiría la facultad de testar, y solamente en la intestada que se defiere por ministerio de la ley, es donde puede tener aplicacion la ley de Toro.

SECCION TERCERA

DE LA LINEA COLATERAL

Artículo 1099.—A falta de descendientes y ascendientes llamados en las dos secciones anteriores la ley llama á la herencia á los parientes colaterales.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Leyes 3.ª y 9.ª, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.
Ley 7.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (de Toro.)

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2000 Cód. Portugal.

JURISPRUDENCIA

Sent. 27 Setiembre 1867.

Es inoportuna la cita de la ley 1.ª, tít. XX, lib. X, de la Nov. Rec., que establece el derecho y modo de suceder los ascendientes legítimos á sus descendientes, y éstos á aquéllos, ya por testamento ó ya abintestato, cuando se trata de la sucesion á parientes de la línea colateral (Sent. 12 Mayo 1865).

No tiene lugar la sucesion de los colaterales, cuando es válido el testamento que la contradice (Sent. 14 Marzo 1866).

A falta de descendientes y ascendientes, en caso de abintestato, entra la sucesion de los colaterales, conforme á las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, título XX, lib. X, Nov. Rec., (Sent. 29 Noviembre 1869).

COMENTARIO

Siguiendo la ley el órden que en el afecto de una persona existe hacia sus parientes, afecto mayor ó menor segun la proximidad ó distancia en el parentesco, llama despues de los descendientes y ascendientes á los colaterales. Decimos que por regla general el pariente próximo excluye al más remoto, porque como veremos más adelante, entre los colaterales tiene lugar el derecho de representacion en algunos casos y este derecho se opone á aquel principio en cuanto por él son llamados con los parientes próximos otros de ulteriores grados. Si todos fueren iguales en grado, la sucesion es por *cabezas* dividiéndose la herencia en tantas partes cuantos sean los que concurran.

Artículo 1100.—En primer lugar corresponde la herencia á los hermanos carnales ó de parte de padre y madre con exclusion de los consanguíneos ó uterinos solamente.

Los hijos del hermano carnal premuerto heredarán por derecho de representacion cuando concurran con sus tios y por derecho propio si concurrieren solos.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Leyes 5.ª y 8.ª, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 13, tít. VI, lib. III, Fuero Real.
Ley 8.ª de Toro.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Novela 108, cap. 3.º

JURISPRUDENCIA

La ley 5.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, no es aplicable cuando los hermanos heredan por ser los llamados en el testamento de su hermana y no como herederos abintestato (Sent. 1.º Febrero 1871).

En la palabra genérica hermano, se comprende lo mismo á los varones que á las hembras (Sent. 20 Diciembre 1873).

La preferencia que la ley 5.ª, tít. XIII de la Partida 6.ª, da á los hermanos de doble vínculo respecto á los que lo son solamente por parte de padre ó de madre, no pasa de los hijos de los primeros (Sent. 13 Diciembre 1877).

COMENTARIO

Segun los principios establecidos en el artículo anterior, son llamados en primer lugar

como parientes próximos entre los colaterales, los hermanos de doble vínculo, esto es, los que lo son por parte de padre y madre, y los hijos de dichos hermanos en representacion de sus difuntos padres.

El doble vínculo fué considerado preferente por el Derecho Romano, de donde lo tomó la ley de Partida, y por él se hallan excluídos de la sucesion los medio hermanos, ó que lo son solamente de un lado, cuando existen de ambos lados. Esto ha dado lugar á que los autores al tratar de juzgar estos llamamientos, se hayan expresado con variedad, porque la presuncion de la voluntad ó mayor cariño del difunto hacia sus hermanos, se supone por unos igual cuando se trata de hermanos de doble vínculo que cuando no son más que medio hermanos, y en cambio para otros mayor afecto se tiene á los primeros que á los segundos. Naturalmente el cariño es tan difícil de legislar y de apreciar igualmente por todos, mucho más cuando se trata de personas bastante alejadas del tronco, que nada tiene de extraño el juicio contradictorio de los autores. Goyena, haciéndose cargo de la opinion de aquéllos que suponiendo igual cariño hacia los hermanos sean de uno de ambos lados, quieren que por lo ménos sucedan los primeros en concurrencia de los segundos en los bienes que el difunto hubo del padre comun, dice que esta distincion causaria discordias y malos resultados, y que puede adoptarse un término medio y equitativo. «El medio hermano es tan cercano del difunto como el hermano entero; ambos á dos se hallan en un mismo grado, y segun la regla general de las sucesiones debian partir igualmente; ¿por qué, pues, dar todo al uno y nada al otro? La presuncion de la voluntad ó mayor cariño del difunto hacia su hermano entero puede ser muy bien problemática en este caso; y ya que se quiera dar algo más á la calidad de *doble vínculo*, se satisface dando *doble porcion* de la herencia al hermano entero sin excluir totalmente al que lo es sólo de un lado». Efectivamente, parece esta doctrina más equitativa y no tan dura como la que resulta de las disposiciones legales, pero son éstas las que rigen y no podemos sin faltar á ellas aceptar una doctrina diferente.

Con arreglo á ella, pues, entran á suceder los hermanos bilaterales y sus hijos con exclusion de todos los demas, y si concurrieren solos los primeros, heredarán por cabezas dividiéndose la herencia entre sí por partes iguales. Si de ellos hubiera muerto alguno dejando hijos, sobrinos por consiguiente del difunto á cuya herencia concurrieran con los hermanos de doble vínculo, éstos heredarán por cabezas y los sobrinos por *estirpes* representando á sus padres, de la misma manera que expusimos al hablar de la sucesion de los descendientes; por más que así como en estos la representacion se extendía hasta lo infinito, no sucede lo mismo entre los colaterales, porque áun cuando algunos autores hayan creido que la misma razon milita en una y otra para que tambien se aplique á la segunda lo dicho en la primera, la ley no se refiere á otros parientes que á los *hijos de hermanos* ó sea *sobrinos*, y al sentido literal de esta disposicion se atienen la generalidad de los autores.

Por último, si faltaren los hermanos bilaterales y quedaren hijos suyos solamente, estos heredarán por *cabezas* y no por *estirpes*, dividiendo la herencia entre sí por partes iguales y sin tener en cuenta para nada la rama de donde procedan los bienes, con absoluta exclusion de los hermanos unilaterales. No ha parecido esto bien á todos los autores y han tratado de explicar la ley de Partida diciendo, que los tios del difunto y los hermanos unilaterales, pueden concurrir con los hijos de los bilaterales que hayan muerto, dividiendo estos hijos la herencia por *estirpes*, porque si excluyen á los tios y medio hermanos es por derecho de representacion de sus padres, único modo por el cual pueden excluír á parientes tan próximos ó más que ellos, y de igual manera pueden usar aquel derecho para excluír que para suceder y dividir. No admitimos esta doctrina porque no solamente la ley declara terminantemente el derecho de suceder por *cabezas* repartiendo los bienes con igualdad de partes cuando concurren solos á la sucesion los hijos de hermanos bilaterales difuntos, sinó que ademas prescribe la ley, que ni los hermanos unilaterales ni sus hijos entrarán á suceder con los hermanos de doble vínculo ni con los hijos de éstos áun cuando sus padres hubieren muerto.

Artículo 1101.—Faltando los hermanos de doble vinculo y sus hijos, entran á la sucesion los hermanos unilaterales, ya sean consanguíneos ya uterinos, heredando los primeros los bienes que el intestado hubiere adquirido del padre y los segundos los que procedieren de la madre. Los bienes que el difunto hubiere adquirido por otro concepto

se partirán igualmente entre dichos hermanos.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Ley 5.ª, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 12, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Novela 118, cap. III.

COMENTARIO

Despues de los hermanos bilaterales y sus hijos, llama la ley á la sucesion á los medio hermanos consanguíneos y uterinos, entendiéndose por tales los que lo son por parte del padre solamente ó por parte de la madre.

Los autores dicen respecto á la sucesion de los medio hermanos que tiene lugar en la misma forma que la de los bilaterales, de suerte que serán llamados aquellos y sus hijos á la herencia del finado sucediendo los primeros por *cabezas*, y los segundos por estirpes cuando concurran con sus tios por haber premuerto su padre, ó *in capita* si concurrieren solos. No hay inconveniente en admitir esta doctrina, pues así parece deducirse de la ley y de lo consignado en el artículo anterior así, como tambien de lo que diremos en el artículo siguiente; pero es lo cierto que nada dice la ley terminantemente sobre este particular, limitándose á establecer el órden que debe guardarse en la sucesion, razon por la cual no consignamos aquella doctrina en el artículo y sólo la mencionamos aquí como explicacion del mismo. Lo que sí establecen los Códigos respecto al modo de repartirse la herencia entre los medio hermanos llamados á disfrutarla, es, que los consanguíneos heredarán de ella los bienes adquiridos por el finado de parte del padre, y los uterinos los procedentes de la madre y si hubiere bienes ganados por cualquier otro concepto se *partirán igualmente* entre unos y otros hermanos.

Artículo 1102.—En defecto de los parientes mencionados en los artículos anteriores, son llamados á la herencia los demas colaterales hasta el 4.° grado.

Es más próximo en grado excluye al más remoto, y los de un mismo grado heredan por partes iguales.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XI, lib. II, Nov. Rec.
Ley 6.ª, tít. XXII, lib. X, de la Nov. Rec. en los arts. 7.° y 8.° de la Instruccion de 26 de Agosto de 1786 que la acompaña.
Ley 3.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.
Real decreto de 31 de Diciembre de 1829.
Instruccion de 7 de Marzo de 1831.

CONCORDANCIAS

El art. 755 del Cód. Frances admite á la sucesion á los parientes comprendidos dentro del duodécimo grado, y el 2004 del Portugues hasta el décimo llamando ántes al cónyuge viudo.—Copian al Frances los arts. 908 Cód. Holanda.—941 Cerdeña, y se aparta de él, el 751 de Austria.—Los Códigos de Luisiana y de Baviera no fijan límite en la sucesion. —Concuerda nuestro artículo en cuanto á la segunda parte con la Novela 118, cap. III.

JURISPRUDENCIA

No es cuestionable en las sucesiones intestadas la preferencia de los parientes del cuarto grado sobre los del sexto (Sent. 22 Febrero 1860).

La ley 6.ª, tít. XXII, lib. X, Nov. Rec., sólo concedia derecho á heredar abintestato á los parientes que lo fueran dentro del cuarto grado (Sent. 26 Mayo 1865).

COMENTARIO

Hasta aquí nos hemos limitado á consignar que despues de los descendientes y ascendientes son llamados los colaterales; pero el llamamiento de éstos á la herencia se halla interrumpido por el de otras personas que no son de la misma clase y por tanto es preciso ántes de saber cuáles son éstas, fijar el límite de esta sucesion; de ello se encargan la ley y la jurisprudencia.

En efecto, las Partidas extendieron los llamamientos hasta el décimo grado, el Fuero Juzgo hasta el sétimo porque en adelante no habia nomenclatura para designar el grado de parentesco, y por último la Nov. Rec. confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, fijaron el cuarto grado computado civilmente segun hemos explicado en artículos anteriores.

Los colaterales comprendidos en este grado sucederán en defecto de hermanos bilaterales, unilaterales y sus hijos, conforme á los dos principios establecidos en el artículo. El pa-

riente más próximo excluirá al más remoto y en igualdad de grados heredarán todos por *cabezas*, sin tener para nada en cuenta la representacion, la diversidad de ramas, la diferencia de sexo ni de bienes, ni el doble vínculo, porque todos estos derechos y preferencias no pasan de los hermanos y sus hijos.

Artículo 1103.—Despues de los parientes hasta el cuarto grado y en su defecto sucederán:

Primero. Los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes por lo respectivo á la sucesion del padre y sin perjuício del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre.

Segundo. El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales.

Tercero. Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive computado civilmente al tiempo de abrirse la sucesion.

ORÍGENES

Art. 2.º ley 16 Mayo 1835.

JURISPRUDENCIA

Con arreglo á la ley de 16 de Mayo de 1835 derogatoria no sólo de la ley ántes citada, sinó de la 1.ª, tít. XI, lib. II, de la Nov. Rec., la sucesion corresponde á todos los parientes en ella designados (Sent. 15 Enero 1867).

COMENTARIO

Reforma importante á la vez que conveniente fué la que hizo la ley de 1835. Hasta entónces los llamamientos de los parientes á la herencia sólo se extendian con arreglo á las leyes recopiladas, hasta el cuarto grado, despues del cual pasaban los bienes al Estado; pero la ley de 1835, volviendo por los derechos de la familia, dejó subsistente la legislacion establecida sobre sucesiones abintestato, para que con arreglo á ella fueran estas reguladas y extendió los llamamientos á la herencia desde el quinto hasta el décimo grado de los colaterales, cuando no hubiere hijos legalmente reconocidos y descendientes de ellas por lo respectivo á la sucesion del padre y cuando faltare tambien el cónyuge del difunto no separado del divorcio, el cual así como los anteriores deben ser preferidos á los colaterales comprendidos entre el quinto y décimo grado.

Aunque los autores han discutido sobre la conveniencia de esta reforma, sosteniendo algunos que los sentimientos de familia se extinguen en los próximos grados, es lo cierto, como dice muy bien Goyena, que el órden en la sucesion se hallaba restringido por decretos que llevan descaradamente el sello de la fiscalidad. No creemos nosotros que las afecciones se extinguen completamente por la distancia en el parentesco; pero áun cuando así fuera, nunca la ley debiera suponerlo, para mantener unidos los lazos de la familia, base capital de la sociedad, y procurar ensanchar su esfera de accion mucho más hoy que tan reducida se halla. Por otra parte, si lo que verdaderamente constituye la base de las sucesiones, más que el cariño es el vínculo de la sangre, por el cual se hallan unidas varias personas de tal modo, que áun cuando la desgracia venga, arrebatar á alguno sus más queridas personas, nunca falta la esperanza de proteccion miéntras existan los vínculos de parentesco, no puede anteponerse á ellos el interes del Estado. Es, pues, digna de elogio la reforma llevada á cabo por la ley de 1835, y con arreglo á ella heredarán, despues de los parientes comprendidos dentro del cuarto grado, los hijos naturales, el cónyuge viudo y los demas colaterales hasta el décimo grado del modo y manera que se dispone en el artículo que comentamos.

La ley 11, tít. II, lib. IV del Fuero Juzgo llamaba á suceder al cónyuge sobreviviente cuando no dejaba el difunto parientes hasta el sétimo grado, y la ley 6.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, le concedia el mismo derecho despues del décimo grado. No quedaba ciertamente muy favorecido el cónyuge supérstite tanto por estas leyes como por las del Derecho Romano; parece que los legisladores no encontraron sitio donde colocarle dentro de la familia y se decidieron por dejarlo fuera.

La ley 1.ª, tít. XXII, lib. X, de la Novísima Recopilacion dispuso que fueran para la cámara del rey los bienes de la persona muerta sin descendientes, ascendientes y colaterales, y como nada en ella se decia del marido ni de la mujer, dudaron algunos autores si por esta disposicion habrían quedado derogadas las anteriores leyes. No fueron todos, sin embargo, del mismo parecer, pues fundándose algunos en que la ley no contiene derogacion expresa de

un derecho tan formal y tan reconocido en leyes anteriores, lo suponen en vigor; cuya doctrina no parece desprovista por completo de fundamento, porque la nota primera del mismo título, libro y compilacion sanciona lo dispuesto en la ley de Partida citada, al establecer respecto á los bienes monstrencos, que los procedentes de personas muertas sin testamento y sin herederos conocidos, se adjudiquen á la real cámara con arreglo á la ley 1.ª, tít. XXII, lib. X, Nov. Rec. y á la 6.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, lo que nos hace ver que no es fácil pretendiera derogar una ley la que en ella se apoyaba. El Real Decreto de 31 de Diciembre de 1829 é instruccion de 7 de Marzo de 1831 estudiadas en otro lugar, dispusieron que fueran de la Hacienda los bienes de las personas muertas intestadas y sin parientes comprendidas dentro del cuarto grado, y desde entónces acabaron las dudas de los autores.

En este estado la ley de 1835 fué la encargada de fijar el lugar que en la sucesion debía tener el cónyuge sobreviviente segun hemos dicho arriba. Entendemos que no debiera el legislador haberlo llamado en tan distante lugar. Ciertamente es deshonroso en nuestra legislacion que la desigualdad establecida entre los derechos de los hijos y los de sus padres con respecto á la sucesion del que falte primeramente de estos, porque puede darse el caso de encontrarse los primeros con grandes capitales, miéntras que su padre ó madre no tengan bienes. No por esto se crea que aplaudimos el sistema contrario establecido en Cataluña, por el cual los hijos nada tienen viviendo la madre; pero entre aquella y esta exageracion, creemos podría adoptarse un término medio, un principio más equitativo, como por ejemplo, señalar á la madre la parte que pudiera tocar de la herencia del padre á uno de los hijos no mejorados y á medida que se fuese alejando el grado de parentesco en los llamados á suceder, ir aumentando la porcion hereditaria del cónyuge sobreviviente ó bien llamarla en concurrencia con los hermanos del finado y en una porcion igual á la de aquellos. Hé aquí cómo podía resolverse la cuestion de un modo más conforme á la equidad.

El Derecho foral aragones, tiene tambien disposiciones relativas al derecho de la viuda en la herencia del marido, dignas de estudio y que con algunas reformas podrían hacerse de aplicacion general.

SECCION QUINTA

DE LAS HERENCIAS DE LOS HIJOS NATURALES

Artículo 1104.—Cuando el padre que reconoció al hijo natural haya dejado hijos ó descendientes legítimos, no tendrá aquél otro derecho que el de alimentos consignado en el artículo 194 y en el 929.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XIX, Partida 6.ª
Ley 6.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

En los respectivos arts. 194 y 929, hemos dicho lo suficiente sobre el derecho de los hijos naturales á ser alimentados por sus padres y los herederos de éstos cuando aquéllos fueren preferidos en el testamento.

A dichos lugares nos remitimos por consiguiente.

Artículo 1105.—Los hijos naturales suceden al padre, cuando no hay legítimos ni legitimados, sólo en la sexta parte de la herencia que deben partir con su madre.

ORÍGENES

Leyes 8.ª y 9.ª, tít. XIII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 8.ª, tít. XXVII, lib. V, Código Romano.

El art. 757 Cód. Francia, concede á los hijos naturales cuando no hay ascendientes, descendientes ni hermanos legítimos, las tres cuartas partes de la porcion hereditaria de un legítimo, la mitad cuando hay ascendientes ó hermanos, y una tercera parte si hay descendientes.—El ar-

tículo 744 Cód. Italia sin hacer distinciones les concede la mitad de dicha porcion.—El art. 1990, 1991 y 1785 Cód. Portugal, les da un derecho absoluto en defecto de legítimos y si los hay, una tercera parte de la porcion de un legítimo. Siguen al frances los arts. 742 Cód. Bolivia.—742 modificado Friburgo en lo relativo á la sucesion de la madre.—784 primera parte, Código Valais.—615 modificado Neufchatel.—909 Holanda.

JURISPRUDENCIA

Sent. 10 Marzo 1874.

La ley 11 de Toro no exige que el reconocimiento de los hijos naturales por el padre sea expreso, ni ántes de ella lo exigió otra alguna; y en el derecho, cuando este no distingue lo tácito y lo expreso, son de igual condicion (Sent. 8 Octubre 1853).

No es suficiente para tener por reconocido á un hijo natural, la partida de bautismo expresiva de la parternidad (Sent. 23 Junio 1858).

Las cuestiones sobre declaracion de hijos naturales deben ser resueltas con arreglo á la ley 11 de Toro, ó sea la 1.ª, tít. V, lib. X, Nov. Recopilacion, y están modificadas por éstas las leyes 5.ª, tít. XIV, Partida 4.ª, y 8.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, en lo que puedan ser aplicables á las cuestiones de reconocimiento y declaracion de hijos naturales (Sent. 10 Mayo 1860).

El derecho que la ley 8.ª, tít. XVI, Partida 6.ª, concede al hijo natural para reclamar alimentos con arreglo á la cuantía de la herencia del padre, se halla limitado al caso de que éste en su testamento *non se acordase de tal fijo*, pues cuando muera intestado sin hijos legítimos, la misma ley da derecho al natural para heredar la sexta parte de los bienes paternos, si bien con obligacion de dividirla con la madre. La expresada ley no puede entenderse derogada ni modificada en esta parte por las de Toro, las cuales no contienen disposicion alguna relativa á los derechos del hijo natural en la sucesion intestada del padre; y por consiguiente, debe suplirse el silencio de estas leyes con lo dispuesto para este caso especial por las de Partida, *guardando lo que en ellas fuesse determinado*, segun así se previene en la ley 1.ª de Toro, ó sea la 3.ª, tít. II, lib. III, de la Nov. Rec., que establece el órden que en las leyes debe observarse para la decision de los pleitos. Tampoco se ha alterado la disposicion de dicha ley de Partida por la de 16 de Mayo de 1835, ántes al contrario, ha respetado esta el órden de suceder abintestato anteriormente establecido, concretándose sólo á restablecer y crear otros diversos para el caso exclusivo de que el que fallezca intestado, no deje personas capaces de heredarle con arreglo á las leyes vigentes (Sent. 3 Marzo 1868).

Dirigiendo la madre natural su demanda contra personas que no tienen obligacion ni vínculo civil con ella, no siendo heredera ni legataria ni acreedora á la herencia intestada sobre que versa el pleito; al declararle la sentencia derecho para agregar bienes al inventario y estimar la nulidad de actos ejecutados por personas hábiles garantidos en escrituras públicas y aprobados por la autoridad judicial, le reconoce accion de que carece y da una inteligencia equivocada á la ley 8.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, extendiendo á terceros el derecho que sólo la compete contra su hijo para partir lo que éste haya recibido ó deba recibir de la herencia de su padre (Sent. 10 Marzo 1874).

Al declarar la sentencia que dicha madre no es heredera del padre natural y que no ha sido necesaria su citacion para las diligencias del intestado, dándola, sin embargo, derecho para impugnar el inventario practicado, la reconoce derechos que sólo competen á las mujeres legítimas, que han quedado viudas, para heredar á sus maridos, y que de ningun modo corresponden á la madre natural y ménos en el caso en que la hija era mayor de edad y se hallaba casada al fallecimiento de su padre, habiendo aprobado con su marido la operacion divisoria, contrariando la sentencia con sus declaraciones en contrario las leyes 11, tít. II, lib. IV, del Fuero Juzgo; 6.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, el artículo 2.°, de la ley de Mayo de 1835 y art. 406 de la de Enjuiciamiento civil (Sent. id. id. id.).

No es aplicable al pleito en que una madre pide la herencia de su hijo natural contra la disposicion testamentaria del padre la ley 8.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, que determina la parte de bienes que el padre puede dejar en testamento á su hijo natural, segun aquel tenga ó no descendientes ó ascendientes, así como la obligacion de los herederos del mismo padre de prestar alimentos al hijo en el caso de que no le haya dejado cosa alguna en su testamento (Sentencia 31 Diciembre 1875).

COMENTARIO

Si la madre es siempre conocida con respecto al hijo natural, no sucede lo mismo en cuanto al padre, razon por la cual se han explicado

las leyes de diferente modo en la sucesion del padre que en la de la madre. Con arreglo á la ley de Partida, el hijo natural *puede heredar las dos partes de las doce, de todos los bienes de su padre,* muerto sin dejar descendientes legítimos; *e el, e su madre deben partir estas dos partes egualmente.*

Esta disposicion consignada en la ley 8.ª, que reproducida en la 1.ª tuvo por objeto derogar el derecho establecido en las Auténticas, segun el cual, no sucedian los hijos naturales viviendo la mujer legítima, y por esto el Código alfonsino, no encontrando razon alguna, segun en él mismo se expresa, para que los legisladores quitaran á tales hijos su sexta parte, se le adjudicó con obligacion de partirla con la madre.

De esta manera se explica el derecho positivo; pero parece que han dudado los autores respecto al verdadero lugar que ocupan los hijos naturales en el órden marcado para la sucesion por nuestras leyes y conviene explicar con claridad esta cuestion, ya que la jurisprudencia nos ayuda á ello.

Se trata de saber si los hijos naturales se hallan comprendidos entre los descendientes, ascendientes y colaterales dentro del cuarto grado, y para ello ocurre hacer la siguiente pregunta: ¿qué derechos tienen esos hijos y cuando deben ser llamados en la sucesion intestada? Tratándose de la sucesion de la madre no hay duda alguna que los naturales se cuentan entre los descendientes siempre que no los haya legítimos y con preferencia á los ascendientes, segun hemos dejado explicado en el artículo.

Respecto á la sucesion del padre, ya hemos visto las disposiciones consignadas en las dos leyes de Partida que antes hemos estudiado, y aunque la ley 10 de Toro parece modificarlas segun opinan algunos, porque de nada sirve la sexta parte de los bienes cuando por alimentos puede reclamarse el quinto, nada tienen que ver, sin embargo, esos alimentos de que trata dicha ley con los derechos de sucesion establecidos en las Partidas, porque los primeros sólo existen miéntras se necesitan para la subsistencia, y los segundos una vez adquiridos no dependen de condicion alguna, ni de que sean ó no necesarios, y hay respecto de ellos la facultad de trasmitirlos. De la misma manera es independiente el derecho que tienen los hijos naturales á la sexta parte de lo preceptuado en el art. 2.º de la ley de 1835, en la cual se establece que «sucederán con preferencia al Estado los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes, por lo respectivo á la sucesion del padre y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre». Y decimos que nada tiene que ver esta disposicion con la de Partida, porque si bien el lugar marcado por ella á los hijos naturales, pudiera hacer dudar á algunos respecto de si tendrian ó no derechos aquéllos á la sexta parte de la herencia, léjos de oponerse el espíritu de dicha ley al derecho constituído anteriormente respecto al órden de suceder, lo respeta y lo confirma como vigente. Así tambien lo ha consignado por otra parte el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de Marzo de 1868, donde despues de decir que el hijo natural tiene derecho á la sexta parte de la herencia de su padre, no habiendo descendientes legítimos, conforme á la ley de Partida, no derogada ni modificada por la de Toro que pasa en silencio este punto, añade que tampoco se ha alterado por la ley de 1835, sinó que ántes al contrario, ha aceptado ésta el órden de suceder ántes establecido, concretándose á restablecer y crear otros diversos, para el caso exclusivo de que el que fallezca, no deje personas capaces de heredarle con arreglo á las leyes vigentes. De suerte que los hijos naturales están tambien comprendidos entre los descendientes siempre que éstos falten, pero ántes que los ascendientes en la sexta parte de la herencia en cuanto á la sucesion de padre y sucederán segun las prescripciones de la ley de 1835 en toda la herencia, cuando el padre no deje descendientes, ascendientes, ni colaterales hasta el cuarto grado.

Artículo 1106.—La sucesion entre ascendientes y descendientes es recíproca; por tanto el padre y la madre heredarán al hijo natural en el mismo caso y forma que éste hereda á aquéllos.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. XIII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 8.ª, tít. XXVII, lib. V, Cód. Romano.

El art. 765 Cód. Francia adjudica al padre ó madre, los bienes del hijo natural muerto sin descendencia.—El 1994 Cód. de Portugal consigna esta misma disposicion faltando tambien el cónyuge.

JURISPRUDENCIA

La ley 8.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, que se refiere á los casos en que el hijo no es legítimo debe heredar á su padre y viceversa, y la parte de herencia que le corresponde respectivamente, carece de aplicacion cuando tal cuestion no fué objeto del debate ni de la sentencia recurrida (Sent. 23 Marzo 1872).

La sentencia que desestima la demanda en que una abuela natural pide que se la declare heredera única y universal de su nieto, que falleció intestado sin descendientes ni ascendientes legítimos, infringe la citada ley y la doctrina sobre reciprocidad en el derecho sucesorio, por virtud del cual la madre y abuela ilegítimas heredan á los descendientes naturales y espúrios con preferencia á los colaterales de cualquiera clase que sean (Sent. 24 Febrero 1877).

COMENTARIO

Segun lo prescrito en la ley 8.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, los ascendientes heredarán á los descendientes ilegítimos, cuando no los haya legítimos en la misma forma que los segundos suceden á los primeros. Este es el principio general consignado por la ley: «Otrosi dezimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede eredar á su padre en los bienes dél, é aprouecharse dellos, assi como sobredicho es; que en essa misma manera puede eredar el padre en los bienes de tal fijo, é ayudarse dellos».

Hemos visto que el hijo natural hereda al padre en la sexta parte de sus bienes y en todo á la madre en los respectivos casos que hemos señalado oportunamente; pues bien, conforme al principio de reciprocidad mencionado, el padre heredará al hijo natural en la sexta parte de sus bienes y la madre en todo lo demas. Si hubiere muerto el padre natural ántes que el hijo, la madre heredará todo; pero si ésta faltase, no heredará todo el padre, porque en primer lugar así lo exige reciprocidad establecida y en segundo lugar porque la ley 12, tít. XIII, Partida 6.ª, que estudiaremos, dispone que pasen los bienes maternos, quedándose únicamente el padre con la sexta parte.

Artículo 1107.—Al hijo natural muerto intestado sin descendientes ni madre sucederán sus hermanos por parte de madre con exclusion de los que lo son por parte de padre. Si solamente hubiere de éstos, á ellos corresponderá la herencia siendo preferidos los legítimos á los que no lo sean.

El hijo natural en ningun caso es llamado á la sucesion de los hijos legítimos y demas parientes por parte de su padre. En la sucesion de los parientes por parte de la madre serán preferidos si fueren de grado más próximo.

ORÍGENES

Ley 12, tít. XIII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

El art. 766 Cód. de Francia adjudica los bienes del hijo natural muerto sin padre ó madre, á los hermanos legítimos, siempre que dichos bienes se encuentren todavía en especie.

COMENTARIO

Tres partes contiene este artículo que explicaremos separadamente. En la primera llama la ley á la sucesion del hijo natural muerto sin dejar hijos, nietos, ni madre, á los hermanos por parte de ésta con exclusion de los que lo son por parte de padre, porque como la misma ley de Partida dice, aquéllos *son ciertos*, y *los de parte del padre son en dubda*. En la segunda parte del artículo se declara el derecho de heredar á favor de los hermanos por parte de padre cuando faltan los de la madre, porque en este caso son aquellos los más próximos parientes y deben por esta causa heredar al difunto; pero debe tenerse en cuenta que si éste dejare hermanos legítimos ademas de los naturales por parte del padre, deberán ser preferidos los primeros á los segundos. Por último, la ley no da derecho alguno á los hijos naturales, para heredar á los legítimos ni á los demas parientes por parte de su padre; pero sí lo concede para suceder á los parientes por parte de la madre cuando éstos mueren sin testamento y aquellos son próximos parientes. Tal es lo dispuesto en la ley de Partida respecto á este punto; veamos ahora las dudas sobre el mismo suscitadas.

Llama la ley á los hermanos por parte de la madre en el primer párrafo, sin hacer distincion entre la legitimidad ó ilegitimidad de ellos. Parece á primera vista, despues de haber estudiado los artículos anteriores, que deben ser preferidos los legítimos á los naturales, porque de esta

manera se han expresado las leyes hasta aquí analizadas; pero autores como Antonio Gomez sostienen lo contrario.

No es de la misma opinion Gregorio Lopez, el cual se inclina á creer que si concurrieren hermanos legítimos y naturales á la herencia del difunto hermano, quizá fueran preferidos los primeros.

Hemos dicho arriba que así parece debe interpretarse la ley por el sentido y espíritu de las que llevamos estudiadas, y en efecto á la opinion de Lopez nos atenemos. El buen órden y la moralidad se hallan interesados, en evitar, que la relajacion de costumbres cunda con las uniones ilegítimas, oponiendo á éstas toda clase de obstáculos que tiendan á cortarlas; pero aparte de estas razones hay otras aducidas por Escriche para que los hermanos legítimos sean preferidos á los naturales: «1.ª porque si, cuando por no tener el difunto hermanos de padre y madre le suceden los hermanos de parte de padre, han de ser preferidos entre éstos los legítimos á los naturales, no hay razon para que no lo sean tambien entre los hermanos de parte de madre, cuando son éstos los que concurren á la herencia; y 2.ª, porque como en la sucesion á la madre no se admiten los hijos naturales, sinó á falta de legítimos, es consiguiente que tampoco en la sucesion á un hermano natural se admiten los hermanos naturales cuando hay hermanos legítimos».

Tambien dice Escriche, de acuerdo con Gregorio Lopez y Antonio Gomez, que si concurrieren á la herencia del difunto, hermanos que lo fueran por parte de padre y madre, con otros que sólo lo fueran por parte de uno de los dos, deberán ser preferidos los primeros á los segundos, del mismo modo que se halla establecido para los hermanos bilaterales legítimos por razon del doble vínculo, lo cual es perfectamente admisible, pues en nada se opone á la ley.

Por último, en cuanto á la última parte del artículo, dice Lopez que si un hermano legítimo y natural por parte de padre no tuviese otros hermanos legítimos y naturales por parte de padre, ó por parte de madre, sucedería en este caso el hermano natural por parte de padre; lo mismo que el legítimo sucedería al natural, pues la sucesion es recíprooa.

Artículo 1108.—No habiendo descendientes, ascendientes ni colaterales hasta el cuarto grado inclusive que deban heredar conforme á lo prescrito en las secciones I, II y III se observará lo dispuesto en el párrafo I del art. 1103.

ORÍGENES

Ley de 16 de Mayo de 1835.

CONCORDANCIAS

El art. 758 Cód. de Francia concede al hijo natural la totalidad de los bienes cuando sus padres no dejan parientes en grado hábil para sucederles.

COMENTARIO

De la disposicion contenida en este artículo hemos tenido ya ocasion de hablar en comentarios anteriores, al probar que léjos de corregir el derecho constituído la ley de 1835, lo respetaba y declaraba vigente, concretándose á restablecer y crear otros derechos diversos para el caso exclusivo de que uno fallezca intestado sin dejar personas capaces de heredarle con arreglo á las leyes vigentes, segun el Tribunal Supremo tiene declarado. De suerte que dicha ley lo que ha hecho es establecer el cuarto órden de sucesion, llamando á los hijos naturales despues de los descendientes ascendientes y colaterales dentro del cuarto grado y á la vez les respeta el derecho que por las leyes tienen para heredar entre dichos órdenes. Antes los naturales no heredaban al padre más que en la sexta parte de sus bienes que debían partir con su madre, cuando no dejaba el difunto descendientes legítimos, y fuera de este derecho ninguno tenía el hijo natural en la herencia del padre, nada recibía de él; pero la ley de 1835, respetando ese derecho concedido por leyes anteriores, mejoró la condicion de los naturales en cuanto dispuso que fueran á parar á ellos los bienes, cuando no hubiera personas capaces de heredar en los tres órdenes de sucesion estudiados, pudiendo por supuesto suceder á la madre preferentemente, si ésta no tiene descendientes legítimos.

Ahora bien, con arreglo á dicha ley y al principio de reciprocidad establecido en la 8.ª, del tít. XIII, Partida 6.ª, ¿heredará el padre al hijo natural segun las prescripciones de la ley de 1835, de la misma manera que en cuanto á la sexta parte de sus bienes puede hacerlo con arreglo á la reciprocidad? Escriche así lo afirma, dando al padre derecho para suceder *ipso*

facto, en toda la herencia al hijo natural, en los mismos casos y en la propia forma que este lo tiene para heredar á aquél. La opinion es admisible y en nada se opone á la ley; pero no hay ninguna que la consigne de una manera especial.

Tal es la reforma llevada á cabo por la ley citada introduciendo un cuarto órden de suceder despues de los calaterales dentro del cuarto grado y ántes del cónyuge sobreviviente y de los demas parientes hasta el décimo grado; reforma que como hemos dicho en otro lugar nos parece justa y conveniente, porque ántes que el Estado hay personas unidas por los vínculos del parentesco con más derecho á disfrutar de los bienes de la familia. Pero ántes de pasar á ver cuáles son los llamados en quinto lugar á la herencia, conviene saber cuándo heredan los hijos adoptivos, punto sobre el cual reina tal oscuridad por lo poco que en él han fijado su atencion las leyes, que no puede decirse de un modo claro cuando aquello tendrá lugar. La frase de la ley 6.ª de Toro que dice, sucederán los ascendientes á los descendientes en caso de no tener éstos hijos ni descendientes legítimos, *ó que hayan derecho de los heredar*, hizo pensar á los autores si en estos últimos estarian comprendidos los adoptivos, y trataron de fijar sus derechos; veamos, pues, cuáles son.

La ley 5.ª, tít. IV, lib. III, Fuero Real, dice, que el que quisiere recibir á alguno por hijo, y que le heredase en sus bienes, puede hacerlo; mas si luégo tuviere hijos de bendicion, deben heredar ellos, y no el que recibió por hijo. La 8.ª, tít. XVI, Partida 4.ª, dispone que el arrogado no hereda los bienes del arrogador, aunque no salga de su poder, sinó cuando el segundo muera sin hacer testamento. La 9.ª prescribe que el adoptado heredará todos los bienes del adoptante, si muriere intestado y sin hijos, pues si los tuviere concurrirá con ellos á la herencia. La 10 da al adoptado los derechos que el hijo natural debe tener en los bienes de su padre, de quien fué engendrado. Las leyes de Toro (1.ª y 7.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.), modificaron algo el derecho de Partidas respecto á los hijos adoptivos y legitimados por rescripto del príncipe, y en tanto podrá admitirse el derecho de heredar de los adoptados, en cuanto no tengan los adoptantes, descendientes y ascendientes legítimos ó naturales, segun se expresa Escriche con arreglo á lo que resulta de la combinacion de las leyes apuntadas.

En efecto, segun la ley 9.ª de Partida citada, el adoptado por un pariente no ascendiente ó por un extraño, no es heredero forzoso por testamento del adoptante, porque si dicha ley sólo le reconoce como heredero abintestato, el adoptante puede dejar de nombrarlo en testamento. Con arreglo á la 1.ª, tít. XXII, lib. IV, del Fuero Real, sólo puede heredar abintestato no teniendo el adoptante hijos de bendicion; y por las de la Novísima, no puede heredar el adoptado ántes de los ascendientes por ser éstos herederos forzosos reconocidos por la ley, de suerte que únicamente podrían comprenderse ántes de los colaterales. Pero, ¿cabe hacer esta afirmacion despues de promulgada ley de 1835? Algunos autores lo niegan, y á pesar de lo que hemos dicho respecto al lugar en que pudieran ser llamados los hijos adoptivos á la sucesion, segun resulta del estudio combinado de las leyes recopilados con las Partidas y Fuero Real, entienden que por aquella ley se halla establecido un órden de suceder que excluye á los adoptivos.

Hé aquí por qué dijimos al principio que el derecho de éstos era muy dudoso por lo poco que las leyes se habían ocupado de ello, y en verdad que el asunto merece llamar la atencion del legislador para que haga desaparecer de una vez la oscuridad que en esta parte reina en nuestra legislacion, mayormente desde la ley de 1835. Conste, pues, que la doctrina más admitida ha sido, la de que los hijos adoptivos no suceden al adoptante sinó cuando éste muere abintestato, sin descendientes ni ascendientes legítimos ó naturales, y nunca á los parientes del adoptante, ni éstos al adoptado, porque las relaciones provenientes de la adopcion no pasan de las personas entre quienes tiene lugar; pero volvemos á repetir que la interpretacion dada por algunos á la ley de 1835, ha hecho más dudosa esa doctrina, sin que pueda resolverse de un modo satisfactorio la cuestion.

(Véase el art. 204, pág. 144 de este Código.)

SECCION QUINTA

DEL DERECHO DEL CONYUGE VIUDO EN LOS BIENES DEL CONYUGE PREMUERTO.

Artículo 1109.—La mujer viuda que queda pobre á la muerte de su marido, tiene derecho á la cuarta parte de los bienes de éste áun cuando deje hijos legítimos. Dicha parte no ha de pasar de cien libras de oro.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XIII, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Novela 117, cap. V.

JURISPRUDENCIA

Las leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real, Novísima Rec., y 16 de Mayo de 1835 en cuanto tratan del órden de suceder, no son aplicables al caso especial de la cuarta marital, que debe decidirse por el Código de las Partidas como derecho supletorio (Sents. 20 Octubre 1860 y 28 Julio 1846).

La ley 7.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, es interpretada y fielmente aplicada en la sentencia que declara á la viuda pobre de marido rico con derecho á percibir la cuarta marital (Sent. id. id.).

La cuarta parte que la ley 7.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, señala á la viuda pobre de marido rico en los bienes que éste dejase, aunque tuviese hijos, es en concepto de alimentos, que no tendría lugar si aquella tuviese con qué vivir de lo suyo bien y honestamente, por lo que se reputa como una deuda legal que debe satisfacerse con los bienes del marido (Sent. 20 Octubre 1860).

COMENTARIO

Entiéndese por cuarta marital, la porcion de bienes que la mujer pobre tiene derecho á percibir de la herencia del marido, derecho establecido en el capítulo V, de la Novela 117 y fielmente copiado por la ley 7.ª, tít. XIII, Partida 3.ª Nada importa que el difunto deje hijos legitimos, ó que la mujer gane algo para su sustento por medio de su trabajo ó que adquiera algunos bienes despues de la muerte del marido para que deje de deberse la cuarta parte marital; tanto en el caso de morir testado como abintestato el marido, debe percibir dicha porcion la mujer que no pudiere vivir *bien é honestamente*.

Esa cuarta parte no podía exceder segun la ley de cien libras de oro, cantidad diferentemente graduada por los autores, pues miéntras unos la calculan en 102.705 rs., y 30 maravedís otros la hacen subir á 121.976 rs., y 10 maravedís. De todos modos, poco generoso anduvo el legislador al designarla y muy poca importancia tiene en nuestra legislacion, porque rara vez son exigidos unos derechos tan exiguos.

Cuando la mujer contrae nuevas nupcias teniendo hijos del primer matrimonio, está obligada á reservar la cuarta marital á favor de ellos como veremos más adelante, de suerte que en este caso pierde la propiedad de esa porcion y sólo conserva el usufructo miéntras viva; y si siendo viuda viviere deshonestamente, perderá en pena la cuarta marital con los bienes gananciales. No han pensado lo mismo todos los autores en cuanto á la obligacion de reservar la primera; alguno ha puesto en duda esta obligacion, fundándose en que la mujer recibe la cuarta marital á título de alimentos, y la hace suya con igual derecho que otros herederos su legítima; no pensamos del mismo modo, porque la ley al establecerla habla de herencia y dice: que la mujer hereda la cuarta parte y en este sentido parece reservable.

¿Estará modificada la ley de Partida en este punto por la Nov. Rec., al establecer el órden de suceder y la particion de los gananciales, con los cuales parece pierde su razon de ser la cuarta marital? Las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1860 y 28 de Julio de 1846 ántes apuntadas, contestan satisfactoriamente á la pregunta.

SECCION SEXTA

DEL DERECHO DEL ESTADO A HEREDAR EN CIERTO CASO

Artículo 1110.—Corresponden al Estado los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XIII, Partida 6.ª
Leyes 1.ª y 6.ª, tít. XXII, lib. X, Nov. Rec.
Art. 2.º Ley 16 Mayo 1835.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Art. 768 Cód. Francia.—2006 Portugal.—758 Italia.—923 Luisiana.—551 Vaud.—Núm. 10, cap. XII, lib. III, Cód. Baviera.—684 Nápoles.—962 Cerdeña.—Ley 1.ª, tít. X, lib. X, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Respetándose por la ley de 16 de Mayo de 1835 los órdenes de sucesion abintestato establecidos por el derecho, restableció y creó otros, entre los que se encuentra el de los pariente colaterales desde el quinto al décimo grado civil, y por tanto, no puede citarse últimamente en beneficio del Estado, las leyes 1.ª, tít. XI, lib. II y VI, tít. XXII, lib. X, Nov. Rec., que limitaban la sucesion de aquellos al cuarto grado (Sent. 15 Enero 1867).

COMENTARIO

Lo que no pertenece á nadie por no haber persona que particularmente tenga derecho á disfrutarlo, pertenece á la sociedad representada por el Estado; por consiguiente, en último término despues de los órdenes de sucesion estudiados, á él van á parar los bienes de los que mueren sin personas capaces de heredarles. Las Partidas adjudicaron los bienes al fisco despues de los parientes comprendidos en el décimo grado, la Novísima Recopilacion despues del cuarto y la ley de 1835 despues de otros nuevos llamamientos no comprendidos hasta entónces, volvió á fijar el décimo grado como término donde se cierra la sucesion intestada.

Artículo 1111.—La sucesion intestada á favor del Estado, se abre por la muerte natural. Tambien se abrirá por la muerte civil en el caso de esta pena con todos sus efectos llegue á establecerse por nuestras leyes.

ORÍGENES

Art. 8.º Ley 16 Mayo 1835.

Artículo 1112.—En los casos en que la sucesion intestada pertenezca al Estado, el representante de éste podrá pedir ante el juez competente la segura custodia, inventario, justiprecio de los bienes y su posesion sin perjuício de tercero, que se le dará en la forma ordinaria, corriendo despues el juício universal sus ulteriores trámites.

ORÍGENES

Art. 9.º Ley 16 Mayo 1835.

CONCORDANCIA

Concuerda sustancialmente con: Art. 2008 Cód. Portugal.

JURISPRUDENCIA

Aun cuando por la ley de 16 de Mayo de 1835 no se determinara, como se determina, el órden de proceder en los juícios en que pueda tener interes el Estado, tampoco podría tomarse en cuenta para un recurso de casacion en el fondo la cita de las leyes 7.ª y 8.ª, tít. XXII, lib. X, de la Nov. Rec., por no referirse á la sentencia (Sent. 15 Enero 1867).

TÍTULO IV

DISPOSICIONES COMUNES Á LAS HERENCIAS POR TESTAMENTO Ó SIN EL

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS PRECAUCIONES QUE DEBEN TOMARSE CUANDO LA VIUDA QUEDA EN CINTA

Artículo 1113.—Cuando á la muerte del marido su viuda quede ó se crea quedar en cinta, ningun pariente del difunto debe entrar en la herencia hasta que la viuda dé á luz, en cuyo caso si naciere el hijo vivo adquirirá la herencia. Si el pariente próximo supiera con certeza que la viuda no queda en cinta, podrá disponer de los bienes como heredero, con autorizacion del juez competente.

ORÍGENES

Ley 16, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 1.ª, 3.ª y 4.ª, tít. IV, lib. XXV, y 30, tít. II, lib. XXXIV, Digesto.

COMENTARIO

Tratan las Partidas en la ley citada de reconocer al hijo concebido y no nato los derechos que de una manera tan minuciosa establecía el Derecho Romano en las diversas leyes en las cuales se hallaba esparcida esta materia. Prohibe á los parientes de la viuda que se halla en cinta, entrar en la herencia del finado hasta que aquella dé á luz y pueda saberse á quién corresponden los bienes del padre. Ya el Código alfonsino dispuso en otras leyes que miéntras estuviera la criatura en el vientre de su madre, sería considerado como nacido para los efectos del derecho, en todo aquello que redundara en utilidad y bien suyo y por la ley que estamos comentando se aplicó el mismo principio á los derechos hereditarios.

No quitaba, sin embargo, aquélla todos los derechos á los parientes del difunto, pues prescribía que cuando supieren ciertamente que la viuda no se hallaba en cinta, entrasen en la herencia, pagasen sus deudas é hicieren las demas cosas á que estaba obligado el difunto cuyos fueron los bienes, con la correspondiente autorizacion del juez.

Refiérese la ley al caso de morir el padre intestado; pero todos los autores lo hacen extensivo al caso de sucesion testada y como en rigor la misma aplicacion puede tener la ley en uno y otro caso, no hay porque rechazar esa doctrina.

No ha sido tan exacta la copia hecha por las Partidas del Derecho Romano en este punto, como suelen hacerla en otras ocasiones, y no será ciertamente la causa de ello la escasez de disposiciones de aquel derecho, porque léjos de eso son tantas, tan sutiles y complicadas, que pecan ya de nimias y como dice Goyena, sólo podian pasar en los libros de jurisconsultos que respondian sobre casos particulares y raros, no en la gravedad y sencillez propias del legislador, que sólo debe dar reglas generales y para los casos ordinarios.

En efecto, el Derecho Romano previó el caso de existir varios coherederos del vientre, si quedaban dos ó más viudas, en cinta y sólo concedia á los que debian heredar una parte

incierta de la herencia, hasta que se supiera el número de los que naciesen, de tal modo que siendo sola una viuda y calculándose en tres el máximum de las criaturas de un parto, dábales derecho á los coherederos para pedir parte cierta, reservándose otros tres por la contingencia del fenómeno previsto. Las Partidas, por el contrario, se limitan á prohibir que los herederos entren en la herencia ántes de haber dado á luz la viuda; ni se opusieron siquiera á la division de la herencia, lo que sin duda alguna hubiera sido más conveniente y evitado muchas cuestiones, porque como dice muy bien el autor ántes aludido, es más sencillo suspender la division por el corto período de la preñez, y hacerla una vez sola definitiva é irrevocablemente. Por esto establece el artículo 798 del Proyecto de Código que «hasta que la viuda en cinta haya parido ó abortado, se suspenderá la division de la herencia entre los coherederos del póstumo, sin perjuicio de que sean pagados los acreedores por el administrador, previo mandato judicial, cuando aquel no sea uno de los coherederos», y de esta manera á la vez que se evitan las muchas cuestiones siempre originadas por la division de bienes hereditarios, mucho más si por el nacimiento de alguna persona habia necesidad de proceder á nueva particion, se ponen por otro lado á cubierto los derechos é intereses de los acreedores, que de otro modo serían grandemente perjudicados.

Artículo 1114.—La viuda que queda en cinta puede pedir al juez que se la ponga en posesion de los bienes de su marido y vivir y mantenerse de ellos, aunque el embarazo sea dudoso. Podrán no obstante reclamar los que se crean con derecho á los mismos.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. XXII, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 1.ª, tít. IX, lib. XXXVII, Digesto.

COMENTARIO

Algo más que lo prescrito en este artículo se disponía en el Derecho Romano; no solamante se concedia á la viuda la posesion de los bienes sinó que se designaba un curador para administrarlos y para dar alimentos á aquélla. En las Partidas reconócese la obligacion de entregar los bienes del muerto á la viuda así como la de ser alimentada; pero nada se dice acerca de nombramiento de curador.

Ahora bien, ¿es absolutamente precisa la entrega de esos bienes? ¿Reporta alguna ventaja esa posesion concedida á la viuda? Algo de lo que dejamos indicado en el anterior comentario respecto á la utilidad de suspender la division de la herencia para hacerla cuando sea un hecho el nacimiento del hijo póstumo, es aplicable tambien á este caso. Aquí la posesion se da en virtud de un derecho eventual é incierto como es el acontecimiento ó hecho de que depende, lleva en sí la idea de condicion y es anómalo que por un derecho condicional se conceda la posesion.

Tanto por estas razones como por las pocas ventajas que produce á la madre esa posesion reducida á recibir los alimentos, el Proyecto de Código dispuso que «si la viuda tiene otros hijos de su difunto esposo, que sean todos menores de edad y estén bajo su potestad, continuará en la administracion de los bienes hereditarios. En otro caso se estará á lo que acuerden los coherederos del póstumo; y si no se avienen, dará el juez la administracion provisional bajo fianza á uno de los coherederos, pudiéndolo ser la mujer en el caso de que represente como tutora á algun coheredero. Si los interesados son tales que deban ser excluídos por el póstumo caso de nacer y ser de vida, el juez nombrará administrador provisional bajo fianza». De esta manera el nombrado por el juez para administrar los bienes miéntras dure el embarazo de la viuda, poseerá á nombre del que en naciendo ha de adquirir la herencia, y la viuda que se halle en cinta percibirá los alimentos, sin cuidarse para nada de los bienes y sin responsabilidad alguna, habida consideracion á la parte que en ellos tendrá el póstumo, si nace y es de vida, segun dispone el art. 792 del citado Proyecto.

Artículo 1115.—Muerto el marido dejando á su mujer en cinta sin más hijos, los parientes próximos de aquél en union de la segunda, deberán formar inventario de los bienes de la herencia, que conservará la viuda hasta que por el nacimiento del hijo pasen á su poder los bienes, si reune las condiciones de viabilidad exigidas por las leyes, ó á los herederos en el caso contrario.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VI, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

La presente ley de Fuero Real es puramente española en lo que se refiere á la disposicion trascrita; pero su segunda parte referente á los medios de probar la legitimidad del póstumo, que estudiaremos en el siguiente artículo, es de orígen romano.

Nada, pues, hay que añadir en este punto; la viuda y los herederos del difunto que no dejó hijos, deberán formar el inventario de los bienes de la herencia segun las reglas que se contienen en la ley de Enjuiciamiento civil.

Artículo 1116.—La viuda que quedare ó creyere quedar en cinta deberá ponerlo en conocimiento de los parientes más próximos. Estos podrán pedir al juez la adopcion de las precauciones necesarias para evitar la suposicion del parto. Nacido el hijo sin prueba alguna contra su legitimidad, adquirirá la herencia de su padre.

ORÍGENES

Ley 17, tít, VI, Partida 6.ª
Ley 3.ª, tít. VI, lib. XXX, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 1.ª, tít, XXIV, lib. XXV, Digesto.

COMENTARIO

Al redactar este artículo hemos procurado darle cierta generalidad ateniéndonos más que á la letra al espíritu de la ley 17, tít. VI, Partida 6.ª, que le sirve de orígen; porque las várias é inútiles formalidades exigidas en dicha ley no pueden observarse ni se observan en la práctica. Son hijas de otras épocas y otras circunstancias y áun cuando en el día se halla vigente la ley que las consigna, muy pocos ó ninguno serán los casos en que se aplique, porque ó se prescindirá de ellas para tomar otras precauciones cuando la gravedad de las circunstancias hagan insuficientes las exigidas por la ley, ó se omitirán en absoluto en el caso contrario, adoptándose otras más sencillas. Hé aquí por qué estando vigente dicha ley y á la vez no observada por la práctica, hemos preferido, para no faltar á la primera sin negar la verdad de los hechos, abarcar dentro de una disposicion general lo que conforme en un todo con el espíritu de aquélla comprenda á la vez los segundos, trascribiendo á continuacion el texto legal íntegro para mayor claridad.

Dice así: «Mugeres y ha algunas que despues que sus maridos son muertos, dicen que son preñadas dellos; é porque en los grandes heredamientos que fincan despues de muerte de los omes ricos, podria acaescer, que se trabajarian las mugeres en fazer engaño en los partos, mostrando fijos agenos, diciendo que eran suyos; por ende mostraron los sabios antiguos manera cierta, porque se puedan los omes guardar desto. E dixeron que quando la muger digese que fincaba preñada de su marido, que lo faze saber á los parientes mas propincuos del diciéndoles, de como era preñada de su marido. E esto debe fazer dos veces en cada mes, desde el tiempo que su marido fuese muerto, fasta que ellos embien catar, si es preñada, ó non. E si por aventura los parientes dubdaren en esto, deben embiar cinco buenas mugeres, que sean libres, que le caten el vientre de manera que no la tengan contra su voluntad, é de sí, pueden embiar quien la guarde, si quisieren. E la guarda desta muger debe ser desta guisa. Ca el juez de aquel logar, do esto acaesciere, si los parientes del muerto lo demandaren, debe catar casa de alguna buena dueña, e honesta, en que more esta muger fasta que para. E ella, morando en casa desta buena dueña, quando asmare que debe parir, débelo fazer saber á los parientes del finado, treynta dias antes que encaezca; porque ellos embien otra vez algunas buenas mugeres, é honestas, que le caten el vientre. E en aquella casa donde oviere á parir, non debe aver más de una entrada; é si mas toviera, débenlas cerrar: é á la puerta de aquella casa, do está la muger que dicen que es preñada pueden poner los parientes del finado tres omes, é tres mugeres libres, é ayan ellos dos compañeros, é ellas dos compañeras, que la guarden. E cada que oviere esta muger á salir de aquella casa, á otra que sea dentro en aquella morada, para entrar en baño, ó por otra cosa cualquier, que sea menester; deben catar aquellas que la guardan, toda la casa, do quier que entrare, o el logar do se quisiere bañar, de guisa, que no sea dentro otra muger que fuere preñada, ó algund niño ascondido, ó otra cosa algu-

na en que pudiesen rescebir engaño. E quando algund ome, ó muger, quisiere entrar á ella, debenla escodriñar, de manera que en su entrada otrosi, non pueda ser fecho engaño. Otrosi decimos, que sintiendo la muger en si misma tales señales, por que entendiese que era cerca el parto, débelo aun fazer saber á los parientes otra vez, que la embien á catar, é guardar, si quisieren. E quando fuere cuitada por razon del parto, non debe estar en aquella casa, do ella está, ome ninguno; mas pueden estar y hasta diez mugeres buenas que sean libres, é fasta seis sirvientas, que non sea ninguna dellas preñada, é dos otras mugeres sabidoras que sean usadas de ayudar á la muger, quando encaesce. E deben arder en aquella casa cada noche tres lumbres, fasta que para, porque non pueda y ser fecho algund engaño ascondidamente. E quando la criatura fuere nascida, débenla mostrar á los parientes del marido, si la quisieren ver. E seyendo guardadas estas cosas en la muger, de que fuere dubda si era preñada, ó non, heredera al hijo que nasciere della, despues de la muerte de su marido, los bienes del. E si esta muger sobredicha, de que fuere dubda, si era preñada, ó non, non se quisiesse dejar catar el vientre, ó non quisiere que la guardasen, así como sobredicho es, ó en otra manera que fuesse guisada, é usada en el lugar do vive, maguer pariesse, é viviesse el fijo, no le entregarian de los bienes del muerto; á menos de ser probado, que la criatura nasciera della, en tiempo que pudiera ser fijo, ó fija de su marido».

Como vemos la mayor parte de estas formalidades, son perfectamente inútiles y así viene á reconocerse en las últimas palabras de la ley que sirven de apoyo y confirmacion á lo dispuesto en nuestro artículo.

De ellas se deduce que para evitar la sospecha de supuesto parto, no hace falta observar las muchas precauciones que la ley contiene, sinó las conducentes conforme á las costumbres del país, las que las circunstancias exijan segun los casos, ó las que juzgue el juez más oportunas á peticion de los interesados. Con cualquier clase de precauciones que se tomen siendo observadas, el hijo que nazca será tenido por legítimo y aunque la viuda se negare á ser reconocida y guardada, no por eso perderá el hijo su derecho á los bienes hereditarios probándose su legitimidad. Hé aquí, pues, cómo concluye la ley por donde nosotros hemos empezado, y seguramente de haberlo hecho así tambien el legislador, se hubiera economizado mucho trabajo dejando aparte todo ese cúmulo de formalidades que en último resultado para nada sirven.

La ley del Fuero Real (3.ª, tít. VI, lib. III), cuya primera parte hemos estudiado en el artículo anterior, establece á continuacion: e porque no se pueda facer engaño en la nascencia del fijo o fija, el alcalde con los parientes sobredichos pongan dos mugeres buenas, al menos que esten delante a la nascencia con lumbre; y no entre otra muger a aquella hora fuera aquella que la hoviere a servir a la paricion: y esta sea bien catada, que non pueda facer engaño: e si la criatura muriere ante que sea baptizada, hereden su buena los parientes mas propinquos del padre, e no de la madre: e despues que fuere baptizada muriere, heredelo la madre».

Se ha creido que esta ley modificó la de Partida, atendiendo á que el Fuero Real debe observarse con preferencia á aquéllas, segun la ley de la Novísima Recopilacion (3.ª, tít. II, libro III), que determina el órden de observancia de las leyes; pero no nos detenemos á estudiar, esta doctrina porque sobre esta ley habríamos de repetir lo anteriormente dicho.

Observa Gregorio Lopez, que no estaba en práctica, á lo ménos en su tiempo, que la mujer participase á los parientes más próximos de su difunto marido, que á la muerte de éste había quedado en cinta, á no ser que los mismos parientes pidiesen que ella así lo declarase, añadiendo el mismo comentador que debía atenderse á las costumbres del país en cuanto á la inspeccion del vientre, del parto y del infante. Nosotros, teniendo en cuenta las anteriores observaciones, repetimos con La Serna que en la práctica actual, más bien que á la letra de la ley de Partida y áun á la citada del Fuero Real, se atiende al espíritu de una y otra, adoptándose, cuando es necesario, las precauciones suficientes que puedan evitar la suposicion del parto y formen prueba completa sin faltar por ningun motivo al decoro que las expresadas leyes exigen.

SECCION PRIMERA

DE LOS BIENES SUJETOS Á RESERVA

Artículo 1117.—El cónyuge viudo que contrae segundas nupcias, está obligado á reservar ciertos bienes para los hijos habidos del matrimonio anterior.

ORÍGENES

Ley 26, tít. XIII, Partida 5.ª
Ley 2.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 15, tít. II, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. II, lib. III, Fuero Real.
Ley 7.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec. (15 de Toro).

CONCORDANCIAS

Admiten las reservas los arts. 146 y 147 Cód. Cerdeña; y en parte los 1235 al 1239 Portugal.

Concuerda con el nuestro: Leyes 3.ª y siguientes, tít. IX, lib. V, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Cuando se ha conservado viuda la madre de hijos de dos matrimonios, no son reservables sinó partibles entre los de ambos, los bienes que hereda la madre por muerte de los del segundo matrimonio (Sent. 8 Julio 1850).

Los bienes que fueron de mayorazgo, hoy desvinculados, están sujetos á reserva á favor de los hermanos del que los adquirió, como sucesor inmediato (Sent. 26 Octubre 1858).

La reserva de la propiedad de los bienes por el cónyuge sobreviviente que pasa á las segundas ó terceras nupcias, sólo debe tener lugar á favor de los hijos suyos habidos en anteriores matrimonios con aquel de que los recibió; pero no á favor de los herederos unilaterales de aquel de quien heredó (Sent. 9 Mayo 1859).

Segun las leyes 26, tít. XIII, Partida 5.ª y 7.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., la obligacion impuesta á los viudos que pasasen á segundas nupcias de reservar los bienes procedentes del cónyuge difunto, fué sólo establecida á favor de *sus hijos* en el anterior matrimonio procreados, y no al hijo de uno de los consortes (Sent. 31 Mayo 1861 y 27 Junio 1866).

La ley 26, tít. XIII, Partida 5.ª, que dispone que la mujer que contrae segundo matrimonio debe reservar para los hijos del primer marido las arras y donaciones que éste le hubiese hecho, se sancionó de nuevo, ampliándola á los padres que pasasen á segundo matrimonio y comprendiendo en ella otra clase de bienes, la ley 7.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., ó sea la 15 de Toro (Sent. 31 Mayo 1861).

La ley 24, tít. XIII, Partida 5.ª, no es aplicable á los bienes reservables (Sent. 8 Junio 1865).

Segun el texto de la ley 26, tít. XIII, Partida 5.ª, la mujer que muerto su marido pasa á segundas nupcias, está obligada á reservar los bienes que expresa, para sus hijos habidos en el matrimonio con dicho primer marido (Sentencia 16 Enero 1871).

La ley 15 de Toro, ó sea la 7.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., impone igual obligacion al marido que enviudado casa segunda ó tercera vez (Sentencia id. id. id.).

COMENTARIO

Muchas dificultades ofrecen en la práctica las reservas, tanto por las escasas leyes que rigen en la materia, como por las encontradas opiniones de los que la han tratado. En efecto, solamente la ley 26, tít. XIII, Partida 5.ª, y la 15 de Toro son las que si bien de un modo oscuro y confuso tratan de las reservas establecidas en el Derecho Romano y mencionadas no más en el Fuero Juzgo y Fuero Real. Así es que cuando los jurisconsultos han fijado en ellas su atencion para señalar el verdadero fundamento de las mismas y resolver las dudas producidas por la vaguedad de las leyes, se han dividido los pareceres respecto al primero y naturalmente se han aumentado las segundas.

Unos sostienen que el fundamento de las reservas es la injuria hecha por el cónyuge sobreviviente á la memoria del difunto, pasando á contraer segundo matrimonio, por cuya ofensa las leyes imponen la obligacion de reservar ciertos bienes como pena ó castigo; afirman otros, que la voluntad presunta del cónyuge

difunto, opuesta sin duda alguna á que unos hijos extraños compartan con los suyos su patrimonio, es la que verdaderamente explica la causa de las reservas, y por último, considéranse establecidas éstas en favor de los hijos habidos en el primer matrimonio, por el peligro en que están de perder los bienes de su pertenencia si el cónyuge sobreviviente se casa segunda vez.

Sin negar que pueden tener alguna explicacion las dos primeras opiniones, no puede afirmarse con pleno conocimiento de causa que resuelvan la cuestion sin controversia de ninguna especie. Por esto nosotros más conformes con la última y teniendo en cuenta que los bienes reservados son para los hijos del primer matrimonio y que no hay reservas mientras éstos no existan, creemos que este es el verdadero fundamento de ellas.

Es claro que la distinta manera de pensar de los comentaristas sobre este punto, habia de influir más ó ménos favorablemente en el juicio que de la reserva hiciesen; pero tratándose de una institucion que léjos de alterar el régimen interior de la familia y de perjudicar sus intereses, vela por ellos, considerando á los hijos como representantes legítimos de sus padres en todos los derechos y en todos los bienes, señalándoles aquellos que con tanto trabajo fueron adquiridos por los mismos padres en la creencia de que no habian de ser disfrutados por otras personas, no podia ménos de ser admitida por la generalidad y ver en las reservas un derecho más que contribuia á hacer más solidarios los lazos de la familia.

De este modo opina la generalidad de los autores, entre los cuales Goyena se expresa decididamente en favor de las reservas: «El Código frances, dice, no admite la reserva; pero contra esta autoridad tenemos la del Romano, y la de todos los Códigos españoles, desde el Fuero Juzgo hasta las leyes de Toro, es decir, que está encarnada en la opinion, en los hábitos de todos los españoles desde el orígen de la monarquía, sin que (al ménos en cuanto es á mi noticia) se haya movido crítica ni reclamacion de escritor alguno contra ella». «Esta sola consideracion, añade, bastaría á decidirnos para mantener la reserva, *porque en las casas que se facen de nuevo, debe ser catado en cierto la pro dellas ante que se parta de las otras, que fueron antiguamente tenidas por buenas é por derechas* (ley 37, tít. XXXIV, Partida 7.ª): *é porque el facer es muy grave cosa y el desfacer muy ligera, por ende el desatar de las leyes é tollerlas del todo que non valan no se debe facer sino con gran consejo»* (ley 18, título I, Partida 1.ª); pero dejando á un lado esta respetable consideracion y remontando hasta el orígen y motivo de la reserva, yo la encuentro decorosa, política y equitativa».

A pesar de ser esta la opinion más generalmente admitida como hemos dicho, no es unánime. Rara vez los autores al tratar una materia han estado acordes en todos sus puntos; por eso no es de extrañar que en la presente, dada la diversidad de orígenes atribuidos á la reserva y las vagas á la par que escasas leyes sobre ella vigentes, hayan juzgado distintamente esta institucion, aprobándola unos y censurándola otros fundados en la penalidad que segun su sentir la sirve de orígen.

Sin entrar á desarrollar la doctrina de estos últimos, sólo diremos que con arreglo á dicho principio se ha sostenido por algun escritor (1) que la reserva como pena impuesta al viudo por contraer nuevas nupcias, hecho perfectamente lícito no reprobado por la Iglesia ni por la ley civil, es una pena injusta, y despues de varias consideraciones de las cuales deduce que son insostenibles las reservas, viene á concluir diciendo que en la práctica no sólo son perfectamente inútiles, sinó que dan ocasion á grandes males por la facilidad con que puede quedar la ley burlada por el abuso y la mala fe de los hombres.

Para nosotros el fundamento de esta institucion no es la pena impuesta á las segundas nupcias; si éstas han sido mal miradas, nunca lo han sido bastante para que el legislador las condenase, léjos de eso, á lo que ha atendido al imponer la obligacion de reservar, no ha sido á castigar un hecho que por ser lícito no debe castigarse, sinó á mirar por los hijos de un matrimonio anterior, para reconocerles su derecho en los bienes á que son únicos acreedores, por cuanto el padre los conservó y ganó en la seguridad de que sólo ellos habian de disfrutarlas.

No resultan, pues, de lo dicho motivos para tachar de inútiles á las reservas y sostener que lo sean igualmente en la práctica, dada la facilidad con que puede ser la ley burlada por el abuso y mala fe de los hombres. Si así se juzgasen todas las instituciones, no habría una

(1) Miralles. Juicio crítico de las reservas: *Revista del Notariado*. 1867.

útil en nuestro derecho, porque casi siempre el mal sabe burlar la vigilancia de la ley y á nadie se le ocurrirá decir por eso que ésta sea mala.

Admitimos, pues, las reservas como institucion, mas no dejamos de comprender que necesitan grandes reformas, porque son escasas y ambiguas las leyes sobre ellas vigentes, y aunque legislar mucho es peligroso, no lo es ménos el dejar campo abierto á la duda y confusion.

Por lo demas, ninguna duda ofrece el artículo que comentamos: en contrayendo un cónyuge nuevas nupcias, debe reservar ciertos bienes para los hijos del matrimonio anterior, y no decimos para el primero, porque la ley 15 de Toro y el Tribunal Supremo han declarado que igual obligacion existe cuando el cónyuge casa segunda ó tercera vez, con lo cual se ha resuelto la duda que podia haber sobre si el casado por tercera vez debía reservar para los hijos del segundo matrimonio.

Tres puntos abraza este artículo, á saber, personas obligadas á reservar, personas á cuyo favor se halla constituida esa obligacion, y tiempo en que ésta empieza. Estudiemos separadamente para ver los casos que en cada uno pueden presentarse.

Publicadas las leyes de Toro, concluyeron las muchas dudas á que se había prestado la vaguedad de nuestros Códigos en lo referente á las personas obligadas á reservar. Siempre nuestro derecho patrio hablaba de la mujer hasta que la ley 15 de Toro estableció que «en todos los casos que las mujeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio... en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad dello á los fijos del primer matrimonio: de manera que lo establecido cerca de este caso en las mujeres que casaren segunda vez, haya lugar en los varones que pasaren á segundo matrimonio». Desde la publicacion de esta ley, no era posible dudar ya que el marido tuviese la misma obligacion que la mujer.

Pero ¿deberá reservar la mujer viuda que vive deshonestamente? Tello, Acebedo, Gomez, Sala, Voet y Matheus así lo creen, y otros por el contrario lo niegan, apoyándose en que la reserva como ley penal y odiosa debe restringirse conforme al principio de derecho, *favores sunt ampliandi et odia restringenda.*

Nosotros no lo admitimos, porque introducidas las reservas para que los hijos del primer matrimonio no quedaran perjudicados en los bienes procedentes del cónyuge premortuo, por las segundas nupcias del sobreviviente, no existiendo éstas no puede haber reserva, aunque la persona que haya recibido la herencia se haga indigna de ella.

Si por el Fuero Juzgo y Fuero Real, la viuda que vive deshonestamente pierde, no sólo la propiedad, sinó el usufructo de todos los bienes que heredó de su marido y hasta los gananciales, esta pérdida es una pena que se le impone no sólo en beneficio de sus hijos, sinó tambien de los herederos de su marido, lo cual excluye toda idea de reserva, mucho más cuando ésta se extiende á otras clases de bienes que la viuda deshonesta ni los pierde ni tiene que reservarlos.

Nada decimos respecto á la obligacion de reservar que pudieran tener los abuelos los bienes de sus nietos, porque no existe ésta segun sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1861, que estudiarémos luégo; de manera que las personas obligadas á reservar son únicamente el padre y la madre.

Ahora bien, ¿en favor de qué hijos tienen esta obligacion? Todas las leyes dicen y hemos repetido en la definicion de las reservas que éstas se han establecido en favor de los hijos de un matrimonio anterior, de suerte que el viudo ó viuda bínubos tienen obligacion de reservar en favor de los hijos habidos en el primer matrimonio.

¿Podrá entenderse lo mismo respecto á los hijastros? Nada había establecido sobre el particular hasta que el Tribunal Supremo declaró en repetidos fallos, que la reserva de bienes hecha por el cónyuge bínubo sólo debe tener lugar á favor de los hijos propios en el anterior matrimonio procreados; en su consecuencia, la madre no está obligada á reservar para un hijastro parte alguna de los bienes de la procedencia de aquél.

El último punto que abraza el artículo objeto de este comentario, á saber, cuándo empiezan las reservas, es fácil de averiguar, porque en la misma ley se ve claramente que hasta las nuevas nupcias no hay obligacion de reservar. Siendo objeto de ésta el impedir que los bienes correspondientes á los hijos por parte de su padre ó madre, vayan á enriquecer á los hijos de un matrimonio posterior, no teniendo éste lugar, no existe aquel peligro ni hay necesidad de reservar.

Artículo 1118.—El cónyuge bínubo está obligado á reservar la propiedad de lo que hubiere recibido del consorte difunto por cualquier título lucrativo, ó hubiere heredado de los hijos del primer matrimonio y no podrá enajenar ni empeñar dichos bienes.

No tendrá obligacion de reservar la mitad de bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio.

ORÍGENES

Ley 26, tít. XIII, Partida 5.ª
Ley 2.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 1.ª, tít. II, lib. III, Fuero Real.
Ley 7.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec. (15 de Toro).
Ley 6.ª del mismo título, libro y Código.

JURISPRUDENCIA

Son bienes reservables en favor de los otros hermanos los bienes que por muerte del padre herede un hijo, por cuyo fallecimiento en edad infantil pasaron á la madre, que contrajo despues segundo matrimonio (Sent. 14 Mayo 1856).

La ley 15 de Toro, ó sea la 7.ª, tít. IV, lib. X, de la Nov. Rec., que estableció las reservas de los bienes que los padres heredasen de los hijos, debe interpretarse en sentido restrictivo.

La obligacion de reservar se limita á los padres respecto de los bienes que heredasen de sus hijos, y no es extensiva á los abuelos respecto de sus nietos (Sent. 11 Marzo 1861).

El padre que contrae segundo matrimonio está obligado á reservar á los hijos existentes del primero los bienes que heredase de los mismos.

Trasfiriéndose por disposicion de la ley á los hijos del primer matrimonio la propiedad de los bienes reservables desde el momento de contraer segundas nupcias, quedándole el usufructo y conservándolos hasta su muerte, la enajenacion que de ellos hiciere no es eficaz, sosteniéndose solamente durante su vida, porque no ha podido trasmitir un dominio que no tenía.

No pudiendo los hijos ejercitar accion alguna hasta la muerte del padre, sólo desde entónces debe computarse el tiempo para la prescripcion.

Consiguiendo á la muerte del padre el pleno dominio de los bienes reservables y las acciones á él inherentes, puede desde aquel momento ejercitarlas contra el poseedor de la finca, por más que tenga asimismo la hipoteca lícita en los bienes del padre, impuesta por la ley para la seguridad de la reserva (Sent. 21 Mayo 1861).

Las leyes al disponer que los bienes dejados por el cónyuge premuerto al sobreviviente se reserven para los hijos de ambos, si el último contrajese otro matrimonio, limitaron y modificaron el derecho de éste respecto á dichos bienes (Sent. 16 de Junio 1862).

A la obligacion de reservar va unida íntimamente la prohibicion de enajenar, deduccion necesaria á no suponerse el absurdo de que las leyes constitutivas de esa obligacion quisieron dar al mismo tiempo á aquel, á quien la imponen, los medios de eludirla (Sent. id., id., idem).

Esta suposicion se realizaría reconociéndose la completa validez de las enajenaciones de los bienes reservables hechas por el cónyuge ántes de su ulterior matrimonio, porque entónces los que tratasen de contraerlo se apresurarían á burlar la disposicion de la ley, enajenando ó gravando en daño de los hijos del matrimonio anterior los indicados bienes (Sent. id., id., idem).

Las enajenaciones ó gravámenes de dichos bienes así verificadas, sólo serán válidas miéntras el cónyuge que enajenó ó gravó no incurriese en el caso de la ley; porque si despues de hacerlo se casase, adquirirían á su muerte los hijos el pleno dominio de los bienes reservables y el derecho para ejercitar las acciones á él consiguientes contra sus poseedores, no pudiendo por consiguiente los padres disponer eficaz é irrevocablemente de los indicados bienes, sinó por testamento cuando fallecen en estado de viudez ó en cualquier otro tiempo, faltando el objeto de la reserva por haber premuerto aquellos á cuyo favor se estableció (Sent. id., id., id.).

Esta doctrina, establecida en la legislacion romana, especialmente en la Novela 98, cap. I, de donde en su parte esencial pasó á nuestros Códigos, la consignan nuestras leyes, principalmente la 23, tít. XI, Partida 4.ª; 26, tít. XIII, Partida 5.ª y 15 de Toro, y ha sido admitida la jurisprudencia sentada en los fallos del Tribunal Supremo (Sent. id. id. id.).

La ley 7.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec., sancionó de nuevo lo dispuesto en la ley de Partida, ampliando á los padres que pasaran á segundo matrimonio la misma obligacion de reserva á

favor de los hijos del primero, y comprendiendo tambien en ella los bienes que el cónyuge que sobreviviere y casase nuevamente hubiese adquirido por herencia de sus hijos (Sent. 27 Julio 1866).

Al absolver al comprador de la demanda de devolucion de la referida casa, no infringe la Sala sentenciadora la doctrina legal de las sentencias del Tribunal Supremo, sobre que los bienes reservables pasan por disposicion de la ley en cuanto á su propiedad, á los hijos del primer matrimonio en el momento de contraer segundas nupcias el superstite, si la enajenacion de la finca se ejecutó cuando la madre del demandante se hallaba viuda y con intervencion y aprobacion del curador *ad litem* del mismo demandante, porque en este caso es imposible la reserva (Sent. id. id. id.).

El que contrae matrimonio con una viuda con hijos de su primer marido, falleciendo los que tiene en su matrimonio, con posterioridad á la madre, y heredándolos por consiguiente, no tiene obligacion de reservar los bienes que sus segundos hijos heredaron de su madre á favor de los habidos de su primera mujer en el matrimonio que celebró (Sent. 16 Enero 1871).

Las leyes 26, tít. XIII, Partida 5.ª; 23, tít. XI, Partida 4.ª; 13, tít. I, Partida 1.ª y la 15 de Toro, ó sea la 7.ª, tít. IV, lib. X, Nov. Rec.; el capítulo I de la Novela 98, el cap. 23 de la Novela 22; las leyes 14 y 15, tít. XXII, lib. IV, del Fuero Juzgo; la 2.ª, tít. V, lib. IV; la 5.ª, tít. II, lib. V del mismo Código, y la 1.ª, tít. II, libro III, del Fuero Real, no ménos que la jurisprudencia á su tenor establecida por el Tribunal Supremo, imponen al cónyuge sobreviviente, si pasa á segundas nupcias la obligacion de reservar para los hijos del primer matrimonio todos los bienes que haya habido de su cónyuge premuerto por cualquier título lucrativo, igualmente que los que haya adquirido por sucesion intestada de alguno de los indicados hijos de su primer matrimonio (Sent. 26 Enero 1874).

Dicha obligacion alcanza á todos los mencionados bienes, cualquiera que sea la época en que el cónyuge sobreviviente los haya adquirido, puesto que por su sola procedencia están sometidos desde entónces al indicado gravámen de reserva y restitucion, si bien condicionalmente para el caso de que el adquirente contraiga segundo matrimonio (Sent. id. id. id.).

Realizado este caso, todos los dichos bienes quedan reservados por disposicion de la ley para los hijos del primer matrimonio, quienes desde el mismo instante adquieren su pleno dominio y propiedad (Sent. id. id. id.).

Como consecuencia necesaria de las precedentes doctrinas legales, y con arreglo á la constante jurisprudencia de los tribunales, y con especialidad del Supremo, las enajenaciones que de los bienes inmuebles sujetos á reserva hubiere hecho el cónyuge sobreviviente ántes ó despues de su segundo casamiento, únicamente pueden ser eficaces y subsistir, si á su fallecimiento no quedare ninguno de sus hijos del primero (Sent. id. id. id.).

Si bien es cierta la doctrina mencionada por las leyes romanas relativa á la obligacion impuesta al viudo ó viuda que contrae segundo matrimonio, de reservar para los hijos del primero los bienes que hubiese adquirido de su cónyuge premuerto por sucesion testada ó intestada, ó por cualquier título lucrativo, no lo es ménos la de que dicha obligacion, establecida en favor de los hijos del primer matrimonio, cesa cuando éstos, siendo mayores de edad y capaces de contraer, renuncian en debida forma al derecho que les atribuye (Sent. 8 Julio 1874).

No tienen aplicacion las citadas leyes de Toro, Partida y Fuero Juzgo, referentes á los bienes reservables, cuando la casa reclamada en la demanda á título de reservable venía hipotecada con autorizacion judicial, y con anterioridad á la adjudicacion de su legítima en ella al demandante y sus hermanos, al pago de una deuda de la testamentaría del padre comun y por no haberse satisfecho el capital y los réditos al plazo convenido, se vendió la finca por mandato judicial en pública subasta, y con todas las solemnidades que las leyes exigen para la enajenacion de bienes de menores (Sent. 16 Diciembre 1875).

COMENTARIO

No han sido pocas las dificultades y dudas que ha suscitado el estudio de lo dispuesto en este artículo, á saber, cuáles son los bienes de naturaleza reservable, y ántes de pasar adelante debemos hacer constar que ya el Derecho Romano consideraba como tales todo cuanto la mujer hubiere recibido de su marido por título lucrativo, cuyo precedente, ha servido para que la jurisprudencia, supliendo la vaguedad de nuestras leyes patrias, haya venido á aceptar la misma doctrina.

Nuestra ley de Partida obligaba á la mujer

que se casaba segunda vez á reservar las *arras é las donaciones* para sus hijos habidos del primer marido. El Fuero Juzgo habia dicho lo mismo respecto á las arras en cuanto á sus tres cuartas partes, pudiéndose disponer solamente de la otra parte, y el Fuero Real confirmó lo dispuesto en aquél. Por último, la ley 51 de Toro estableció que *si la mujer no oviere fijo del matrimonio en que interviniere promision de arras é no dispone expresamente de ellas, que las haga el heredero de ella, é no el marido, ora la mujer haga testamento ó no. Si no oviere hijos*, dice la ley, y si los tuviere. Bien claro se da á entender con esa distincion, que en este caso no puede disponer de las arras, pues no hay lugar entónces á duda entre el marido ó el heredero de la mujer, porque son del hijo con arreglo á las Partidas.

Esto dicen las leyes, pero ha habido autores, como Tello, que han sostenido que la mujer, siendo viuda ó despues de contraídas segundas nupcias, puede disponer libremente de las arras, por no haber ley alguna que se lo impida, y Alvaro Velasco y Molina, partiendo del error grande de considerar á las arras como título oneroso, y fundándose en que las Auténticas hablan de los bienes adquiridos por título lucrativo, deducen la misma consecuencia que los anteriores.

Que por ser una ley oscura reciba distintas interpretaciones y se susciten dudas para fijar su verdadero sentido, no nos sorprende, lo que no comprendemos es que se desconozca la ley de Partidas que terminantemente sujeta las arras á la reserva, para decir que la mujer puede disponer de ellas por no haber ley que imponga semejante obligacion, y tampoco acertamos á explicarnos que hayan supuesto á las arras como título oneroso para afirmar lo mismo en contra de lo que dispone la ley de Toro citada. En el caso de segundas nupcias las arras son reservables con arreglo á la ley de Partidas, y en el caso de viudedad no es tan fácil de resolverlo como creen poderlo hacer los autores citados, porque la ley de Toro dice que «si la mujer no oviere hijos que las haya el heredero de ella, é no el marido, ora la mujer haga testamento ó no». Hé aquí por qué en todos casos son insostenibles las opiniones citadas.

Las donaciones son la segunda clase de bienes que las Partidas señalan como reservables, mas como en nuestra legislacion nada hay que pueda explicarnos satisfactoriamente lo que las Partidas quieren decir con la palabra *e donaciones*, los autores han recurrido al Derecho Romano y teniendo en cuenta sus disposiciones y el fin de la reserva le han hecho extensiva á todo lo que un cónyuge adquiera de otro por cualquier título lucrativo. Tal es la doctrina que por no oponerse á las leyes y por estar ya declarada por la jurisprudencia tiene carácter legal.

Hasta aquí lo dispuesto por la ley de Partida; pero hay tambien algunos otros bienes sobre los cuales se suscitan cuestiones acerca de si están ó no sujetos á reserva; tales son los que la mujer recibe de los parientes del marido ó por consideracion á él.

Siguiendo la opinion de los que consideran las reservas como pena impuesta al bínubo, no podemos contar dichos bienes entre los reservables, porque como institucion de carácter penal no debe ampliarse á otros bienes que á los dichos; pero no admitimos tal principio y seguimos la opinion de Gomez y Goyena, que fundados en primer lugar en que lo donado por los parientes del marido se considera en derecho como si hubiere sido dado por él, y en segundo lugar en que la Auténtica *in donatione* (Cód. *De secund. nup.*) impone á la mujer la obligacion de reservar la donacion *propter nuptias* hecha por un tercero en nombre de su marido, declaran reservables á favor de los hijos del primer matrimonio los bienes que el cónyuge sobreviviente adquiere del difunto ó por consideracion á él.

No acaban aquí las dudas respecto á los bienes que deben reservarse, porque todavía las hay respecto á los que el cónyuge superstite hereda de uno de los hijos del primer matrimonio. El Derecho Romano distinguía la sucesion testada así como los bienes profecticios y adventicios para resolver la cuestion, mas en nuestro derecho no se hace esta distincion. El Fuero Juzgo fué el primero en establecer únicamente que el cónyuge supérstite adquiera la herencia de los hijos en cuanto al usufructo, y luégo la ley 15 de Toro declaró que «las mujeres casando segunda vez, son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren recibido del primer marido, ó heredaren de los hijos del primer matrimonio», cuya disposicion es la que dió lugar á dudas y distintos pareceres.

La palabra *heredaren* lo mismo puede aplicarse á la sucesion testada que á la intestada. Gomez y Matienzo en nada creian alterado el Derecho Romano por la ley de Toro y por tanto

con arreglo á su modo de pensar, el cónyuge bínubo sólo debía reservar lo recibido abintestato del hijo; pero como en la sucesion testada en virtud del derecho de legítima, los dos tercios que el cónyuge sobreviviente recibe de la herencia del hijo, es por ministerio de la ley y no por voluntad de aquél, resulta una gran contradiccion entre el Derecho Romano que niega la reserva en la sucesion testada y el español con arreglo al cual debe reservarse lo que por ministerio de la ley se recibe; hé aquí por qué, nosotros, siguiendo el proyecto de Código y fundándonos en que la ley 15 de Toro, única reguladora de esta especie de reserva, comprende en su disposicion todos los bienes de la propiedad del hijo sin distinguir el modo de adquirirlos, creemos que el cónyuge bínubo está obligado á reservar para los hijos del primer matrimonio la propiedad de los bienes adquiridos de uno de esos hijos por testamento, donacion ú otro cualquier título lucrativo; doctrina que ademas de hallarse fundada en la ley ha sido últimamente aceptada por repetidas sentencias del Tribunal Supremo ántes apuntadas y que forman jurisprudencia, entre las cuales se cuentan ademas como reservables los bienes que despues de haber pasado á un hijo, hereda su padre ó madre, mas no los heredados de los hijos de un segundo matrimonio ántes de contraer terceras nupcias el cónyuge sobreviviente, pues por haber éste vivido y muerto viudo, son partibles esos bienes entre los hijos de ambos matrimonios.

Preguntan los autores si podría el cónyuge bínubo disponer de los bienes reservables en favor de los hijos habidos en el primer matrimonio. Goyena y algun otro piensan que no hay inconveniente en ello, porque si bien es verdad que las leyes no conceden semejante facultad tampoco lo prohiben, mucho más cuando no parece indispensable que estos hijos hereden por partes iguales para que se cumpla el fin de la reserva. No todos son del mismo parecer; ya el Derecho Romano no sólo concedía semejante facultad, sinó que establecía debian distribuirse con igualdad entre los hijos los bienes reservables, mas como nuestras leyes guardan completo silencio en este punto, el cónyuge bínubo, segun dice Escriche y otros, no puede ejercer un derecho que las leyes no le otorgan. Por otra parte, añaden los que sustentan esta opinion, el espíritu y naturaleza de las reservas se oponen á que se disponga de los bienes á ellas sujetos para mejorar á los hijos del primer matrimonio, porque al fin y al cabo se le quita al cónyuge segunda vez casado un derecho sobre ciertos bienes, y naturalmente no se comprende que por un lado se conceda lo que por otro se le quita, y si á esto se agrega que el bínubo como usufructuario no puede disponer del usufructo, se comprenderá en qué se apoyan los que con Escriche niegan al cónyuge bínubo la facultad de disponer de los bienes reservables para mejorar á sus hijos.

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos causados por la obligacion de reservar desde que el cónyuge sobreviviente contrae segundas nupcias? El viudo ejerce el dominio en los bienes que llevan consigo la condicion de reservables; pero en el momento que se casa pierde ese dominio, quedando sólo como usufructuario, por lo cual establece el Proyecto de Código, de acuerdo con una ley Romana (6.ª, § 1.º, tít. IX, libro X, del Cód.), que el bínubo debe hacer inventario de los bienes reservables y áun tasacion de los bienes muebles.

Es igualmente consecuencia lógica de la doctrina de reservas, el no poder enajenar los bienes á ellas sujetos despues de haber pasado á segundas nupcias el cónyuge sobreviviente, por más que pudiendo morir los hijos ántes que los bínubos y cesando entónces la obligacion de reservar, las enajenaciones hechas durante las segundas nupcias son válidas miéntras éstas duren, y sólo en el caso de morir el bínubo teniendo hijos es cuando aquellas enajenaciones se invalidan.

Esto sólo basta para comprender las muchas dificultades que ofrece este punto, sobre el cual nada dicen nuestras leyes. Gomez, Posadilla y otros sostienen la validez de las enajenaciones hechas por el cónyuge viudo de los bienes reservables, pero dan derecho á los hijos para reclamar su importe del caudal paterno ó materno, con arreglo á lo dispuesto en la ley de Partidas. El Proyecto de Código, sin contradecir á los autores citados, declara válidas las enajenaciones de los bienes muebles, hechas ántes ó despues de contraer segundo matrimonio, siempre que se asegure la devolucion de la cosa ó el precio con el inventario, tasacion y fianza que deben prestarse, añadiendo en cuanto á los bienes inmuebles que sólo subsistirán dichas enajenaciones si quedaren descendientes á la muerte del bínubo.

Partiendo nosotros del fundamento y objeto que hemos señalado á las reservas, considera-

mos válidas las onajenaciones hechas por el cónyuge viudo ántes de contraer nuevas nupcias, porque miéntras éstas no tengan lugar falta el objeto de las reservas y el cónyuge como propietario puede disponer de los bienes á ellas sujetos, á no ser que dichas enajenaciones se hicieran con ánimo de defraudar. Por la misma razon consideramos éstas nulas cuando el cónyuge por contraer nuevas nupcias sólo es usufructuario; pero como pudiera volver á ser propietario, si por muerte de los hijos cesaran las reservas, no deben declararse nulas las enajenaciones de los bienes á ellas sujetos, hasta el fallecimiento del bínubo. Así parece que debia ser teniendo en cuenta lo que por reservas se entiende; pero el Tribunal Supremo ha venido á sentar jurisprudencia declarando válidas las enajenaciones anteriores al segundo matrimonio miéntras el cónyuge enajenante no se case (Sent. 16 Junio 1862 ántes citada), y en cuanto á las posteriores al mismo, no serán eficaces, por más que podrán sostenerse solamente durante su vida. Tal es la doctrina aceptada por la jurisprudencia; de manera que hasta la muerte del bínubo no empieza el derecho de ejercitar accion alguna en el hijo, ni tampoco hasta entónces puede contarse el tiempo para la prescripcion (Sent. 21 Mayo 1861 citada).

Despues de las múltiples opiniones emitidas por los autores sobre la naturaleza y constitucion de la reserva, no es de extrañar que al llegar á los casos en que ésta cesa hayan discordado igualmente aquéllos. Examinemos, pues, aquí este punto ya que por el silencio de nuestras leyes no puede hallarse comprendido en los artículos y con ello daremos fin á este comentario.

Gomez y Matienzo dicen que cesa la reserva cuando el cónyuge difunto autorizó al sobreviviente para contraer segundo matrimonio, porque desaparece desde este momento la supuesta injuria hecha por el cónyuge bínubo al casarse nuevamente, y no hay por tanto razon para inponerle la pena de la reserva. No admitiendo nosotros este fundamento, porque no puede considerarse como pena un derecho concedido á los hijos de un primer vínculo, con el único fin de evitar que los bienes que sólo ellos deben adquirir pasen á manos de otros, no puede la licencia de los cónyuges alterar ese derecho concedido en beneficio de los hijos.

Tampoco estamos conformes con Gomez al afirmar que igualmente cesa la reserva, cuando los hijos autorizan al cónyuge viudo para contraer nuevas nupcias, en cuyo caso parece que renuncian á esos bienes. Ni los hijos tienen derecho para dar semejante autorizacion, ni lo tienen para impedir un acto lícito que sus padres puedan llevar á cabo sin trabas de ninguna especie; y por otra parte no sería justo que dicho consentimiento fuera causa de grandes perjuicios y disturbios en la familia si los hijos se resistian á prestarlo. De esta manera se expresan tambien Perez, Llamas, Molina, Sarmiento y el art. 802 del Proyecto de Código al establecer que «la reserva tiene lugar, aunque el difunto consorte haya autorizado al viudo ó viuda para repetir matrimonio, y éste haya sido contraido con anuencia de los hijos del primero.

Mas no han sido estos los únicos casos en que cesa la obligacion de reservar, presentados por los autores. El mismo Gomez dice que no tiene lugar esa obligacion cuando el cónyuge viudo se casa con licencia del príncipe, porque entónces no incurre en las penas señaladas. Febrero cree exenta de reservar á la madre que enviuda ántes de los veinticinco años, considerando la menor edad como causa suficiente para que no pese esa obligacion sobre los que se vuelven á casar. Y por último, otros autores sostienen que si los cónyuges al hacerse alguna donacion expresaron su voluntad de no sujetar esos bienes á reserva, no debe tener lugar ésta.

No lo creemos así, tanto en este como en los anteriores casos. La licencia del príncipe, no puede quitar la pena que no existe, y por otra parte, como dice Viso, esa opinion no podría admitirse ni áun en los tiempos en que el Rey ejercía plena soberanía, porque si así fuera, quedarían libres de reservar todos los que siendo viudos y habiendo obtenido licencia real, perteneciesen á las clases que desde tiempos antiguos la necesitaban para casarse. No nos parece más afortunado Febrero, ni los que juzgan bastante la voluntad de los cónyuges de no sujetar á reserva la donacion hecha entre ellos para que no exista aquélla. La ley debe cumplirse tal como se halla establecida sin hacer distinciones contrarias á la justicia; ni por causa de la menor edad ni por la voluntad de los cónyuges, puede desaparecer un derecho introducido á favor de los hijos. Siempre el beneficio es para éstos y únicamente el beneficiado puede renunciarlo, si es apto para ello; por esto nosotros solamente admitimos dos casos en que la reserva cesa: primero, cuando

los hijos, siendo mayores de edad, renuncian á ella expresamente, y segundo, cuando fallecen sin descendientes ántes del padre ó madre que contrajo segundas nupcias, porque éstas en tal caso á nadie perjudican. Tales son los casos en que cesa la obligacion de reservar, aceptados por la jurisprudencia, la cual en este punto como en los anteriores, ha venido á resolver en parte muchas de las dudas originadas no tanto por la escasez de nuestras disposiciones legales, como por la vaguedad de las mismas.

Artículo 1119.—Se establece hipoteca legal:

Primero. En favor de los hijos, sobre los bienes de sus padres por los que éstos deban reservarles segun las leyes.

Segundo. En favor de los hijos del primer matrimonio, sobre los bienes de su padrastro, por los que la madre haya administrado, ó administre ó por los que deba reservarles.

ORÍGENES

Ley 26, tít. XIII, Partida 5.ª

Art. 168, núm. 2.° y 3.° de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Nada hubiera conseguido la ley limitándose á mirar por los hijos de su primer matrimonio, señalando los bienes que sus padres debían reservarles, si no aseguraba la entrega de estos mismos bienes, y aunque parece duro expresarse así cuando se trata de padres é hijos, debe tenerse en cuenta que si no la falta, el descuido ó la ignorancia de la ley, principalmente en el caso de contraer segundas nupcias, pueden ser ocasion de perjuícios grandes para los hijos habidos en las primeras. Hé aquí por qué la ley, siempre solícita por amparar á los menores poniéndoles á salvo de verse sin los bienes á que son únicos acreedores, procura por un medio ó por otro asegurar á los hijos esos mismos bienes, como así lo han hecho las legislaciones que de reservas han tratado.

El Derecho Romano, el primero que las estableció, fué tambien el primero en exigir al cónyuge binubo la prestacion de fianza bastante, dando idea de la hipoteca que más tarde había de establecerse, aunque con otras condiciones, porque tras aquellos tiempos vinieron otros en que la fianza idónea del Código romano era insuficiente y tenía que ser sustituída por otro medio que ofreciera mayor seguridad en los bienes reservables.

De ello se encargaron las Partidas; pero basadas en el Derecho Romano que extensamente establecía las hipotecas legales tácitas y ocultas, consagraron igualmente la ocultacion de la hipoteca al disponer, despues de fijar los bienes de naturaleza reservables, que *para ser seguros desto los fijos fincales por ende obligados e empeñados calladamente todos los bienes de la madre*. Se había dado un paso más; pero bien pronto se conocieron los inconvenientes de las hipotecas tácitas y la necesidad de darles publicidad mucho más para los hijos, puesto que la ambigüedad de las leyes sobre reservas hacían más incierto el derecho sobre ellas.

La Ley Hipotecaria basada en la publicidad ya exigida por las Córtes de Toledo de 1539 y de Valladalid de 1558, y en la especialidad de la cosa hipotecada, vino á llenar los vacíos de la anterior legislacion procurando garantir más los derechos legítimamente adquiridos. Con ella desapareció la hipoteca que *calladamente*, segun decían las Partidas, debían constituir los padres sobre sus bienes por los reservados á sus hijos, y en su lugar empezó á regir la que con carácter especial y mediante la inscripcion en el Registro mejoraba notoriamente la condicion de los que á ella tenían derecho, porque de este modo siempre habrá unos bienes sujetos al pago de los reservables y no podrá desvanecerse el derecho real de los hijos por las enajenaciones que con arreglo á la anterior legislacion podían hacer los padres, quedando luégo insolventes.

Artículo 1120.—La hipoteca especial que tienen derecho á exigir los hijos menores por razon de bienes reservables, se constituirá con los requisitos siguientes:

Primero. El padre presentará al Juez ó Tribunal el inventario ó tasacion pericial de los bienes que deba asegurar, con una relacion de lo que ofrezca en hipoteca, acompañada de los títulos que prueben su dominio sobre ellos, y de los documentos que acrediten su valor y su libertad ó los gravámenes á que estén afectos.

Segundo. Si el Juez ó el Tribunal estimare exactas las relaciones de bienes y suficiente la hipoteca ofrecida, dictará providencia, mandando extender un acta en el mismo expediente, en la cual se declaren

los inmuebles reservables, á fin de hacer constar esta cualidad en sus inscripciones de dominio respectivas, y se constituya la hipoteca por su valor y por el de los demas bienes sujetos á reserva sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre que se ofrezcan en garantía.

Tercero. Si el Juez ó el Tribunal dudare de la suficiencia de la hipoteca ofrecida por el padre, podrá mandar que éste practique las diligencias ó presente los documentos que juzgue convenientes, á fin de acreditar aquella circunstancia.

Cuarto. Si la hipoteca no fuere suficiente, y resultare tener el padre otros bienes sobre que constituirla, mandará el Juez ó el Tribunal extenderla á los que, á su juicio, basten para asegurar el derecho del hijo. Si el padre no tuviere otros bienes, mandará el Juez ó Tribunal constituir la hipoteca sobre los ofrecidos, pero expresando en la providencia que son insuficientes, y declarando la obligacion en que queda el mismo padre de ampliarla con los primeros inmuebles que adquiera.

Quinto. El acta de que trata el número segundo de este artículo, expresará todas las circunstancias que deba contener la inscripcion de hipoteca, y será firmada por el padre, autorizada por el Secretario y aprobada por el Juez ó el Tribunal.

Sexto. Mediante la presentacion en el Registro de una copia de esta acta y del auto de su aprobacion judicial, se harán los asientos é inscripciones correspondientes, para acreditar la cualidad reservable de los bienes que lo sean, y llevar á efecto la hipoteca constituída.

ORÍGENES

Art. 194, Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Siendo los hijos menores de edad, debia la ley mirar cómo habia de constituirse la hipoteca por los bienes reservables, y como es natural en las primeras personas que fija su atencion es en los padres, á quienes exige la constituyan previo inventario y tasacion pericial de los bienes que deban asegurar con relacion de lo que ofrecen en hipoteca y demas requisitos para que, interviniendo el juez, se forme el oportuno expediente donde se expresan todas las circunstancias que aquella deba contener, áun en el caso de no tener bienes el que constituya la hipoteca.

El reglamento para la ejecucion de la ley Hipotecaria, dicta algunas disposiciones relativas á este punto que conviene tener en cuenta. Con arreglo á él, el inventario y tasacion de que hace mérito el artículo objeto de este comentario, serán los que judicial ó extrajudicialmente se hubieren practicado; y si no existieren de esta especie, los que el padre ó en su caso la madre forme por sí, haciendo constar el valor de los bienes, con testimonio de la adjudicacion que de ellos se le hubiere hecho, y en su defecto por certificacion de peritos ó por capitalizacion al tipo que se acostumbre en cada lugar.

Cuando sean la madre y el segundo marido, en su caso, los que deban constituir la hipoteca, se practicarán en nombre de ambos todas las diligencias para la formacion del expediente prevenido en el artículo que comentamos, firmando uno y otro el inventario de los bienes reservables y la relacion de los que ofrezcan en garantía y notificándose á los dos las providencias que se dicten.

El acta de constitucion de hipoteca para la seguridad de bienes reservables expresará las circunstancias de la hipoteca voluntaria, y además las siguientes:

1.ª La fecha en que el padre ó la madre que la constituya haya contraido nuevo matrimonio.

2.ª En el caso de hipotecarse bienes de la madre y de su nuevo marido, expresion de los que pertenezcan á cada uno.

3.ª El nombre y apellido del cónyuge difunto y la fecha de su muerte.

4.ª Los nombres y la edad de cada uno de los hijos que tuviesen derecho á la reserva.

5.ª El título en que se funde este derecho.

6.ª Relacion y valor de los bienes reservables.

7.ª Expresion de haberse instruido el expediente prevenido en nuestro artículo, y á instancia de quien, ó segun lo dispuesto en el artículo 165 de la ley si el mismo hijo hubiese exigido la hipoteca.

8.ª En la inscripcion se indicará en resúmen la parte dispositiva de la providencia que se haya dictado aprobando el acta.

9.ª Si entre los bienes reservables hubiese algunos inmuebles, se expresará que aseguran las cantidades de sus respectivos aprecios, con separacion de la hipoteca que constituya el padre ó madre sobre sus propios bienes.

10. Si el juez ó tribunal hubiere admitido la hipoteca, pero declarando su insuficiencia, se hará así constar, y que queda obligado el padre ó la madre á hipotecar los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera.

La inscripcion del acta se hará, en cuanto á los inmuebles reservables, con sujecion á lo dispuesto en el art. 139 de la ley y en cuanto á los que hipoteque el padre ó madre, con las circunstancias que debe contener la hipoteca voluntaria, y las que llevamos apuntadas, ménos la 7.ª, 8.ª y 10, é indicacion de que se ha presentado el acta en el Registro y se devuelven con nota expresiva de los asientos que en su virtud se hayan hecho.

Artículo 1121.—Si trascurrieren noventa días sin presentar el padre al juzgado ó tribunal el expediente de que trata el artículo anterior, podrán reclamar el cumplimiento del mismo los tutores ó curadores de los hijos, si los hubiere, y en su defecto, los parientes, cualquiera que sea su grado, ó el albacea del cónyuge premuerto.

El término de los noventa días empezará á contarse desde que, por haberse contraído segundo ó ulterior matrimonio, adquieran los bienes el carácter de reservables.

ORÍGENES

Art. 195 de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

No le parecía bastante á la ley el exigir hipoteca con las condiciones dichas en los bienes de los padres para responder de los reservados á sus hijos; temía y con justicia que todavía pudieran salir perjudicados éstos, si por la falta de diligencia de los preceptos establecidos, pasaba el tiempo sin hacerlo, y con el fin de evitar este inconveniente, les marca el término de noventa días contados desde que, por haberse contraído nuevas nupcias, adquieren los bienes el carácter de reservables, pudiendo, si esto no se hiciese, reclamar los tutores, curadores ó parientes próximos.

Ahora bien, cuando los bienes reservables no existan al tiempo de celebrarse el segundo matrimonio y sean adquiridos despues, deberá contarse dicho término desde el día de su adquisicion.

Artículo 1122.—Si concurrieren á pedir la constitucion de la hipoteca legal dos ó más de las personas comprendidas en el artículo anterior, se dará preferencia al que primero la haya reclamado.

ORÍGENES

Art. 196 de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

El presente artículo tiene fácil explicacion; era necesario fijar quién tendría derecho para reclamar al padre la constitucion de la hipoteca en caso de ser varios los que con arreglo al artículo anterior se presentasen á exigir ese deber, y la ley da la preferencia al primer reclamante como premio á su diligencia.

Artículo 1123.—Cuando los hijos sean mayores de edad, sólo ellos podrán exigir la constitucion de la hipoteca á su favor.

ORÍGENES

Art. 197 de la Ley Hipotecaria.

Artículo 1124.—El Juez ó el Tribunal que haya aprobado el expediente de que trata el artículo 1120 (194 de la ley), cuidará bajo su responsabilidad, de que se hagan las inscripciones y asientos prevenidos en el número sexto del mismo artículo.

ORÍGENES

Art. 198 de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Con este precepto la ley cree suficientemente protegidos los derechos del hijo sobre los bienes reservables.

Desde el momento en que para responder de ellos se inscriben otros en Registro, el padre se halla imposibilitado para enajenarlos, porque nadie podrá desconocer que por hallarse hipotecados no pueden adquirirse sin exposicion á

perderlos, y de este modo podrán en su dia los hijos hacer suyo lo que para ellos fué reservado.

Artículo 1125.—Si el padre no tuviere bienes que hipotecar, se instruirá tambien el expediente prevenido en el artículo 1120 con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía.

La providencia que en tal caso recaiga, se limitará á declarar lo que proceda sobre estos puntos, y la obligacion del padre á hipotecar los primeros inmuebles que adquiera,

Si fueren inmuebles los bienes reservables, mandará el Juez ó el Tribunal que se haga constar su calidad en el Registro, poniendo una nota que lo exprese así al márgen de la misma inscripcion de propiedad.

Si dichos bienes no estuvieren inscritos á favor del que ha de reservar, se inscribirán en la forma ordinaria, expresando en la inscripcion su cualidad de reservables.

ORÍGENES

Art. 199 de la Ley Hipotecaria.
Art. 173 de id.

Artículo 1126.—Lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo anterior no será aplicable á la madre, sinó en el caso de que su segundo marido no tuviere tampoco bienes que hipotecar.

ORÍGENES

Art. 200 de la Ley Hipotecaria.

Artículo 1127.—La madre asegurará con las mismas formalidades que el padre el derecho de sus hijos á los bienes reservables, y si no tuviere bienes inmuebles propios, ó los que tenga no fueren suficientes para constituir hipoteca por la cantidad necesaria, hipotecará su segundo marido los que poseyere, hasta cubrir el importe total de los que deban asegurarse.

Si entre ambos cónyuges no pudieren constituir hipoteca bastante, quedará solidariamente obligado cada uno á hipotecar los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera.

ORÍGENES

Art. 201 de la ley Hipotecaria.

COMENTARIO

Hoy por la publicacion de la ley de Matrimonio civil, lo dispuesto en el primero de estos tres artículos, es aplicable á la madre cuando tenga patria potestad; de manera que si ántes era el padre el único obligado á formar expediente cuando no tuviera bienes que hipotecar y la madre sólo en el caso de no tenerlos su segundo marido, quedando éste tambien obligado á asegurar los bienes reservables con los que tenga propios ó los que adquiera, el Reglamento para ejecucion de la ley Hipotecaria ha dispuesto, que la madre por tener patria potestad sobre sus hijos, está sujeta á la misma obligacion que el padre, y que los segundos maridos no están obligados á constituir las hipotecas dichas en los dos últimos artículos.

SECCION SEGUNDA

DEL DERECHO DE ACRECER

Artículo 1128.—Los coherederos ó legatarios llamados conjuntamente en una misma cosa ó herencia, tienen derecho á la porcion que uno de ellos deje vacante por cualquier causa ántes de la muerte del testador.

ORÍGENES

Ley 33, tít. IX, Partida 6.ª
Ley 14, tít. III, de la misma Partida, corregida por la Ley 1.ª tít. XVIII, lib. X, Novísima Recopilacion.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1044 Cód. Francia.—1852 y 1853 Portugal, aunque en el 1854 niega el derecho de acrecer entre los legatarios.—879 al 887 Italia.—1049 y 1050 Holanda.—1699 al 1701 de la Luisinia.—642 Vaud.—171 Neufchatel.—716 Valais y 973 de Bolivia.—Párr. 8.°, tít. XX, lib. II, Instituta.—89 *De legatis* Digesto.

JURISPRUDENCIA

Si bien desde la publicacion de la ley 1.ª, título XIX, del Ordenamiento de Alcalá, hoy 1.ª, tít. XVIII, lib. X, de la Nov. Rec., que estableció que valieran los testamentos, aunque no contuvieran institucion de heredero, y que en este caso heredase aquel á quien segun derecho y costumbre de la tierra correspondiese, cesó en España la necesidad del derecho de acrecer, establecida por la legislacion Romana, y aceptado en parte en la de Partidas, ha continuado teniendo lugar cuando proviene de la voluntad de los testadores, la cual previene terminantemente dicha ley que se cumpla (Sentencia 12 Junio 1869).

Sent. 3 Marzo 1873.

Segun lo dispuesto en la ley 33, tít. IX, Partida 6.ª, la parte que corresponderia á los coherederos conjuntos que por haber premuérto al testador no han podido adquirir, acrece á los sobrevivientes (Sent. 7 Enero 1874).

COMENTARIO

Llámase derecho de acrecer, el que tienen los coherederos y colegatarios sobre la porcion de cualquiera de ellos, cuando por alguna de las causas que estudiaremos en el artículo siguiente, no la hace suya y queda vacante. Es derecho que se aplica por las leyes á los legados; pero como los autores lo amplían á las herencias, la ley 14, tit. III, Partida 6.ª, lo hizo tambien así; la razon es la misma en uno y otro caso, la jurisprudencia lo ha confirmado aplicando indistintamente el derecho de acrecer lo mismo á herederos que á legatarios. No podemos nosotros por lo mismo separar una doctrina que por tantas autoridades se halla reunida rigiéndose por iguales principios.

Su fundamento es la voluntad del testador, opuesta sin duda alguna á que los bienes pasen á poder de otras personas fuera de las designadas por él conjuntamente y con intencion de que ellas sean las únicas que deben adquirir su herencia.

En Roma había un derecho de acrecer necesario y otro voluntario. El principio consignado en aquella legislacion de que nadie podía morir parte testado y parte intestado, fué la causa por la cual la ley imponía el derecho de acrecer siempre que el testador instituía heredero solamente en cierta parte de la herencia, sin disponer de la restante. No podian subsistir á la vez dos herederos, uno testamentario y otro legítimo y por tanto cuando esto podía tener lugar, el heredero testamentario adquiría por disposicion de la ley toda la herencia, tanto la parte que en el testamento se le hubiere designado como la que se hallaba vacante por no haber dispuesto de ella el testador.

El derecho de acrecer voluntario dependía de la voluntad del testador, expresa ó tácita, mediante la cual, si dos ó más personas eran llamadas á una misma cosa, una de ellas la adquiría toda cuando por alguna causa no podían heredar los demas nombrados.

Estas dos especies del derecho de acrecer pasaron á nuestra patria cuando las Partidas, fiel reflejo del Derecho Romano, las adoptaron entre sus disposiciones. El heredero testamentario hacía suya toda la herencia de la cual el testador sólo había dispuesto en parte, con arreglo á la ley 14, tít. III, Partida 6.ª, y en caso de ser varios los herederos, se repartía entre ellos proporcionalmente la parte de bienes á nadie adjudicada; pero desde que el Ordenamiento de Alcalá (ley 1.ª, tít. XVIII, libro X, Nov. Rec.), abolió el famoso principio de la legislacion Romana, segun el cual nadie podía morir parte testado y parte intestado, declarando por el contrario que el testamento hecho en forma «valga en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno», desapareció el motivo ó fundamento del derecho de acrecer necesario, porque en adelante todo aquello de que no dispusiere el testador, pasa á los herederos abintestato llamados por ministerio de la ley, y únicamente existe el derecho de acrecer voluntario, segun así se halla tambien declarado por sentencia del Tribunal Supremo.

Sólo, pues, la voluntad del testador, ya manifestada de un modo expreso y claro, ya por lo que se colija de sus palabras, es la que debe servir de guia y fundamento para determinar cuándo existe el derecho de acrecer concurriendo los requisitos para ello necesarios.

Artículo 1129.—Para que la porcion va-

cante de un coheredero ó legatario acrezca á los demas, es necesario: primero, que aquél muera ó renuncie su parte ó por cualquier causa no la adquiera ántes de la muerte del testador; y segundo, que todos los coherederos ó colegatarios estén llamados conjuntamente, ya en distintas cláusulas, ya en una sola, pero siempre á una misma cosa.

ORÍGENES

Ley 33, tít. IX, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

No puede llegar el caso del derecho de acrecer, miéntras no quede vacante la herencia en una de las partes en que fué instituido algun coheredero (Sent. 24 Enero 1862).

Constituído un legado puro y sin condicion sobre una misma cosa en favor de dos ó más personas, al fallecimiento de una de éstas su parte acrece á los otros colegatarios (Sent. 12 Junio 1863).

Para que tenga lugar el derecho de acrecer que consigna la ley 33, tít. IX, Partida 6.ª, á favor de los que sobreviven, *cuando se manda á muchos ayuntadamente alguna cosa*, es menester que los que murieron lo fueran *en ante* que la testadora, ó que acaezca otra razon de las expresadas en dicha ley (Sent. 29 Diciembre 1863).

El derecho de acrecer tanto respecto de los herederos como de los sustitutos en su caso, sólo tiene hoy lugar cuando el testador los ha instituído ó sustituído en uno, conforme á la ley 22, tít. III, Partida 6.ª, ó de otra manera clara y terminante haya manifestado que tal era su voluntad (Sent. 13 Marzo 1868).

La ley 22, tít. III, Partida 6.ª, despues de fijar las tres épocas en que los herederos deben tener capacidad para heredar, dispone que si alguno de ellos no pudiere serlo, habrán la herencia los sustitutos, *ó los otros que fueren establecidos en uno con ellos en el testamento*, y que sólo en falta de éstos pasará la herencia á los parientes más propincuos del finado; y la ley 33, tít. IX de la misma Partida, establece igual doctrina respecto de la manda hecha á varias personas, diciendo: *quier sea fecha a todos ayuntadamente o a cada uno por si, vale la manda et debenla partir todos entre si egualmente*; e *si por aventura alguno de ellos moriese en ante que el testador... entonces acrescerse y ha aquella parte a todos los otros a quien fuese asi mandada*: por tanto, ambas leyes son infringidas cuando la sentencia no las aplica al caso en que un testador instituye á dos ó más conjuntamente *por sus únicos y universales herederos* aunque disponga que los bienes se dividan *por iguales partes* (Sent. 12 Junio 1869).

Cuando se deja un legado á dos ó más personas, á condicion de que si alguna de ellas muere ántes de una edad determinada ó sin sucesion legítima, acrezca su parte á los demas legatarios, subsiste el derecho de acrecer aunque el fallecimiento tenga lugar despues de la edad fijada por el testador, si el difunto no deja sucesion legítima, de manera que no podrá disponer válidamente de los bienes legados.

La voluntad del testador, expresada y entendida rectamente cuando no se opone á las leyes y buenas costumbres, es la ley segun la que se resuelven las cuestiones que surgen acerca de su inteligencia (Sent. 6 Marzo 1875).

COMENTARIO

Dos requisitos son necesarios segun el presente artículo para que tenga lugar el derecho de acrecer: 1.°, porcion vacante, y 2.°, conjuncion entre los llamados á la herencia; examinémoslos separadamente.

¿Cuándo se dice que la porcion de un coheredero ó colegatario se halla vacante para los efectos del derecho de acrecer? Segun la ley 33, tít. IX, Partida 6.ª, cuando el instituído muriese, renunciase ó no adquiriese los bienes ántes de la muerte del testador. Esto es claro, porque ántes de ese tiempo no ha adquirido el heredero derecho alguno, y por consiguiente, no puede trasmitirlo. De manera que si no existia al hacerse el testamento, si renunció la parte que por él pudiera corresponderle, si se hizo incapaz para adquirirla, si áun cuando viviera al sér instituído murió luégo, todas estas son circunstancias por las cuales se cumple el primer requisito para que exista el derecho de acrecer, cuando han tenido lugar ántes de la muerte del testador. Un solo momento que el heredero ó legatario sobreviviere al testador, renunciase despues de su muerte, basta para que desaparezca el derecho de acrecer; porque por ese solo momento, el heredero ó legatario ha adquirido no solamente los bienes hereditarios, sinó el derecho de trasmitirlos á sus herederos, y por consiguiente, han dejado de pertenecer aquellos por completo al testador.

Se comprende, pues, perfectamente, que mu-

riendo un heredero ántes de haber adquirido el derecho de trasmitir lo heredado, no puede pasar su parte á otras personas que á las nombradas con él en la herencia del modo prevenido en el segundo requisito, que luégo estudiaremos. Así se han explicado los autores al comentar esta parte de la ley, entre los cuales Gomez distingue tres casos en que puede tener lugar lo que acabamos de decir: 1.°, cuando el heredero instituído no existía ó había sido declarado incapaz é indigno al tiempo del testamento, en cuyo caso su porcion se tiene por no escrita y acrece el coheredero ó legatario; 2.°, cuando dicha porcion se hace cuasi caduca por faltar uno de los herederos al tiempo de la muerte del testador; y 3.°, cuando se hace caduca por la renuncia ó falta de adicion hecha en circunstancias que no podía ser trasmitida á los herederos.

No basta esto para que tenga lugar el derecho de acrecer; es necesaria ademas la conjuncion ó llamamiento de dos ó más personas á una misma cosa. De dos modos puede hacerse este llamamiento segun la ley citada de Partida: 1.°, cuando se deja una cosa á varias personas en cláusulas separadas de un mismo testamento, en cuyo caso hay conjuncion real ó *re tantum*; 2.°, cuando en una misma cláusula se deja una cosa á varias personas, sin division de partes, ó sea conjuncion mixta ó *re et verbis*.

En la primera, llamada real, porque la conjuncion sólo existe en cuanto es la misma la cosa dejada á varios personas, tiene lugar el derecho de acrecer, de modo que la parte correspondiente á una de ellas muerta ántes del testador, acrece á la de las otras; pero es necesario tener en cuenta que las distintas cláusulas donde dichas personas son llamadas á heredar, deben estar comprendidas en un mismo testamento, porque si estuvieren en dos ó más, el primero quedaría revocado por el segundo y no podría existir el derecho de acrecer. Solamente tratándose de nombramientos hechos en un mismo testamento, es cuando puede suponerse en el testador intencion de que adquiera uno la parte del que por cualquier motivo no puede adquirirla; entónces es cuando se presume que aquel quiso se considerasen las instituciones ó mandas como una sola.

En la conjuncion mixta ó *re et verbis*, así llamada porque existe en cuanto á las palabras y en cuanto á la cosa dejada á varias personas, tiene, con más razon, lugar el derecho de acrecer, porque si lo hay cuando los coherederos ó colegatarios son llamados á una sola cosa en diferentes cláusulas, mejor podrá existir cuando son llamados á la misma cosa y en la misma cláusula.

Admitese por los autores otra clase de conjuncion llamada verbal ó *verbis tantum*, mediante la cual son llamadas dos ó más personas en una misma cláusula á disfrutar de una cosa con señalamiento ó division de partes; tal sucede, por ejemplo, cuando el testador dice: dejo la casa número tantos á Pedro y á Juan por iguales partes. Véase sobre este punto la jurisprudencia que dejamos consignada oportunamente.

Conforme á estas reglas, existiendo conjuntos de sola una clase de las indicadas, la porcion vacante de uno de ellos acrece á la de su compañero con las mismas cargas y obligaciones, y si concurrieran conjuntos de las dos especies consignadas en la ley, la porcion del que faltare acrecerá igualmente al compañero unido por conjuncion mixta ó *re et verbis*; pero si vacare la correspondiente al conjunto *re*, acrecerá á todos los conjuntos de una y otra clase.

Ahora bien, recopilando todo lo dicho sobre esta materia, nos ocurre poner el siguiente caso práctico: muere una persona bajo testamento otorgado á favor de cuatro sobrinos, llamados en una misma cláusula á disfrutar los bienes por iguales partes, y á la vez deja un legado de todas las ropas y alhajas á favor de dos sobrinas; pero muere uno de los sobrinos despues del testador, y una de las segundas al tiempo de hacerse el testamento, ¿tendrá lugar el derecho de acrecer en ambos casos?

En el primer caso no, porque la porcion vacante del sobrino muerto no acrece á la de los instituídos conjuntamente, desde el momento en que, por haber fallecido aquél despues del testador, pudo trasmitir lo heredado á sus herederos testamentarios ó abintestato.

Ahora bien, en el caso del legado hecho á dos sobrinas, de las cuales una murió ántes que el testador, como ningun derecho tenía para trasmitirlo, puesto que todavía no lo había adquirido, acrece su porcion vacante á su colegataria, la cual, en el mero hecho de haber sido llamada á disfrutar de las ropas y alhajas legados conjuntamente con su hermana ó su prima, tiene un derecho preferente á todo otro heredero á adquirir lo que en rigor le pertenecía desde un principio.

SECCION TERCERA

DE LA ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA

Artículo 1130.—La aceptacion y repudiacion de la herencia son actos libres y voluntarios, y por tanto nadie puede ser obligado á ejecútarlos.

ORÍGENES

Proemio del tít. VI, Partida 6.ª
Ley 11 del mismo título y Partida.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 775 Cód. Francia.—1090 Holanda.—970 y 971 Luisiana.—771 Bolivia.—2021 Portugal.—713 Vaud.—908 Friburgo.—463 Tesino.—471 Lucerna.—809 Valais.—770 Neufchatel. — Ley 16, tít. XXX, lib. VI, Código Romano.—ley 7.ª, tít. XIX, lib. II de la Instituta.

JURISPRUDENCIA

La renuncia de los derechos á la herencia no puede hacerse eficazmente á favor de un tercero, ántes que haya fallecido naturalmente ó que pueda tenerse por legalmente muerto aquel á quien se haya de heredar (Sent. 23 Junio 1859).

El heredero voluntario que acepta una herencia está en la obligacion de cumplir lo ordenado por el testador, no siendo contra la ley ó buenas costumbres (Sent. 15 Febrero 1868).

Miéntras la herencia permanece yacente por haberse abstenido de su aceptacion los llamados por la ley, se supone existente la personalidad del finado (Sent. 5 Junio 1861).

Segun las leyes 5.ª y 11, tít. VI, Partida 6.ª, el heredero está obligado á cubrir las deudas de las persona del difunto (Sent. 29 Abril 1869).

COMENTARIO

Lo mismo el heredero abintestato que el instituido en testamento, pueden aceptar la herencia ó repudiarla. Por el acto de la aceptacion hace conocer el heredero su voluntad de tomar tal calidad, subrogándose, como representante del testador ó del pariente difunto, en todos sus derechos y obligaciones. *Peligros é trabajos muy grandes á las veces vienen á los herederos*, cuando *son dañosas las herencias en que fueron establecidos: é mayormente, si las debdas, é las mandas que son á pagar, son mayores é montan más*, de cuanto *vale el heredamiento. E por desviar los herederos deste peligro, é de este daño, tuvieron por bien los sabios antiguos, que pudiesen ante aver consèjo, que rescibiesen la heredad, si les era pro ó daño en tomarla*». En efecto, pueden ser tan gravosas las herencias por el número de deudas, superior á las ventajas que pudieran reportar, que el legislador no pudo ménos de reconocer en el heredero la libertad de admitirlas ó repudiarlas.

De no ser así, ademas de causar un perjuicio al que esperaba obtener utilidades, se vería consignada en la ley la absurda obligacion de pagar las deudas de una persona, quien no las había contraido ni consentido, no pudiendo considerarse como un modo de adquirir el dominio el derecho heredatario, desde el momento en que faltase esa libertad necesaria en el heredero para hacer propio por su consentimiento todo aquello que se le queria trasmitir para utilidad y beneficio suyo.

Hé aquí por qué desde el Derecho Romano que dijo *nec emere nec donatum adsequi, nec damnosam quisquam hereditatem adire compellitur*, todas legislaciones han aceptado el mismo principio.

Artículo 1131.—La aceptacion de la herencia testamentaria ó abintestato, puede hacerse de una manera expresa ó por medio de actos que supongan necesariamente la calidad de heredero y su intencion de aceptar.

Los actos de mera conservacion y administracion, no demuestran esta calidad é intencion, pero al ejecutarlos debe hacer constar ante los testigos que no es con voluntad de ser heredero.

ORÍGENES

Ley 11, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 778 y 779 Cód. Francia.—1095 Holanda.—982 y 997 Luisiana.—773 y 774 Bolivia.—934 y 935 Italia.—2027 y 2028 Portugal.—8, cap. X, lib. III, Cód de Baviera.—721 y 722 Vaud.—919 y 920 Friburgo.—484 Lucerna.—469 y 475 Tesino.—815 y 817 Valais.—695 y 696 Nápoles.—988 Cerdeña.—Párr. VI, tít. XIX, lib. II, de la Instituta.—Ley 20, tít. II, lib. XXIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Por la aceptacion simple de una herencia, los bienes de ella quedan confundidos con los del heredero, y responsable éste á todas las obligaciones de aquélla, quedando por tanto fenecidas las diligencias de testamentaría, sin que esto perjudique á las reclamaciones que tenga por oportuno entablar el juez competente para el heredero (Sent. 1.° Febrero 1861).

La doctrina de que *el que nada hereda no está obligado á llevar las obligaciones del testador, de cualquiera clase que sean*, es inaplicable al caso en que aparezca que el que trata de invocar en su favor dicha doctrina fué nombrado heredero de una persona cuya herencia aceptó, pero que no consta del modo conveniente en derecho que nada haya percibido ni espera percibir de la herencia (Sent. 21 Octubre 1862).

El consentimiento y conformidad del heredero, aprobando y aceptando con sus actos el testamento, y recibiendo como tal la parte de herencia que por él le corresponde, llevan en sí la caducidad de accion para reclamar la nulidad del mismo testamento, segun lo establecido en la ley 4.ª, lib. VI, tít. XXXI del Cód. Justinianéo; la 18, tít. VI, Partida 6.ª, y la jurisprudencia admitida por los tribunales.

A la Sala sentenciadora corresponde estimar en vista de las pruebas que se suministren, si una persona ha practicado actos de heredero respecto á una herencia, y si la aceptó sin protesta, reserva ni restriccion alguna, aunque despues la repudiare, y á su apreciacion hay que atenerse ínterin no se alegue contra ella que al hacerla se ha cometido alguna infraccion de la ley ó doctrina legal; y cuando en un caso de esta especie la sentencia no se funda en las leyes que arreglan las últimas voluntades, sinó en el hecho de haberse aceptado la herencia, no son de aplicacion oportuna las leyes relativas á la validez ó nulidad de los testamentos (Sent. 9 Enero 1867).

Segun las leyes sobre testamentificacion, cuando el heredero nombrado no ejerce acto alguno de tal, se entiende que dimite, teniéndose el testamento por destituido y pasando los bienes como consecuencia indeclinable y por ministerio de la ley á los herederos abintestato de su causante (Sent. 8 Noviembre 1869).

No infringe la Sala sentenciadora la ley 11, tít. VI, Partida 6.ª, el declarar absuelto al demandado de la demanda contra él presentada para que pague todos los créditos existentes contra la testamentaría, porque no habiéndose aceptado sin inventario la herencia del padre, ni de palabra, otorgándose tal heredero el demandado, ni de hecho, usando de los bienes como señor, limitándose á la custodia y conservacion de éstos para obtener la mitad reservable que le correspondia por la ley como sucesor inmediato reconocido de la vinculacion que poseyó su mencionado padre, no tiene la responsabilidad que es objeto de tal demanda (Sent. 5 Diciembre 1872).

Cuando marido y mujer se hacen en escritura matrimonial mútua donacion *mortis causa*, pende de la voluntad del sobreviviente aceptar ó no la herencia del cónguye premuerto, diciéndolo llanamente ó por medio de un hecho que lo demuestre, segun se expresa en la ley 11, tít. VI, Partida 6.ª (Sent. 3 Mayo 1872).

Segun lo declarado por el Tribunal Supremo, la conformidad del heredero aceptando con sus actos el testamento, lleva en sí la caducidad de la accion para reclamar la nulidad del mismo testamento (Sent. 19 Octubre 1876).

Sobre la apreciacion de tales actos debe estarse á lo que diga la Sala sentenciadora (Sentencia id. id. id.).

Aunque se apruebe que de alguno de dichos dos modos habia aceptado la herencia la viuda, no habiendo renunciado el pacto estipulado en la misma escritura de que su marido ú otras personas habrian en su dia de restituirle la dote sin contradiccion alguna, la aceptacion sería condicional y continuaría siendo acreedora hipotecaria expresa, quedando solamente obligada al pago de las deudas de su marido por el resto de la herencia, despues de satisfechos sus créditos preferentes, puesto que á su pago quedan obligados todos los bienes que el marido tenga al serle entregada la dote, y los bienes parafernales y áun los que adquiera despues, segun las palabras de la ley citada, del tít. 11, Partida 4.ª, «son obligados por ende

á la mujer todos sus bienes, tambien los que há entónces como los que habrá despues (Sentencia id. id. id.)

Acreditándose que las demandadas, titulándose herederas del vendedor de la finca, citando á este propósito las disposiciones testamentarias que lo acreditaban, vendieron, en concepto de tales herederas, por escritura pública una finca procedente de la fincabilidad de su causante, no puede dudarse que aceptaron la herencia con todas sus consecuencias, conforme á lo dispuesto en la ley 11, tít. VI de la Partida 6.ª (Sent. 24 Febrero 1877).

Tal declaracion, hecha en documento solemne y relacionada íntimamente con el contrato á que se refiere, tiene un valor jurídico decisivo en el pleito, conforme á lo dispuesto en la ley 114, tít. XVIII de la Partida 3.ª; y la Sala sentenciadora que lo desconoce la infringe, y como consecuencia de este error, infringe tambien la ley 13, tít. IX, Partida 7.ª; la 11, tít. VI, Partida 6.ª, y la doctrina legal de que la adicion tácita queda hecha con solo disponer al instituído en són de dueño de alguna de las cosas de la herencia (Sent. id. id. id.).

COMENTARIO

De dos modos puede tener lugar la aceptacion de la herencia: expresa ó tácitamente. Se hace del primer modo cuando, verbalmente ó por medio de documento público ó privado, se hace constar la voluntad de adirla; y del segundo modo, cuando, mediante los actos llevados á cabo por el heredero, se supone necesariamente su intencion de adquirir los bienes hereditarios.

La declaracion meramente verbal es desechada en algunas legislaciones, por lo ocasionada que puede ser á fomentar los litigios y cuestiones, cuando para hacerla se emplean frases dudosas; pero esto no cabe en nuestro Derecho, porque, como dispone la ley, el heredero *débelo decir llanamente*, *otorgándose por* tal; de suerte que no bastará para dar por hecha esa declaracion el aplicarse en una conversacion ó en carta particular el título de heredero, sinó será necesario manifestar de palabra ó por escrito la expresa intencion de adir la herencia.

Más dificultades ofrece la aceptacion tácita, porque ésta tiene lugar mediante la ejecucion de hechos, y muchos de ellos en ocasiones ofrecerán dudas para explicar la intencion del heredero al ejecutarlos. Debe, pues, tenerse en cuenta como principio general, que todos aquellos actos para cuya válida ejecucion es necesaria la calidad de heredero, son los que, llevados á cabo por él, suponen aceptacion de herencia.

Con arreglo á este principio, cuentan los autores como hechos por los cuales el heredero acepta: el disponer, á título oneroso ó gratuito, de los bienes hereditarios, sabiendo que pertenecen á la sucesion, el cambiar la forma de heredades ó edificios, interponer demanda de nulidad ó rescision de un contrato otorgado por el difunto, pagar legados, etc., y otros tantos actos que, como es fácil de comprender, indican deseo y voluntad de disfrutar lo que se considera propio.

Pero hay, á la vez, actos en que no siempre puede verse claramente este deseo, y de algunos se ocupan los autores. El heredero que, siendo á la vez legatario, se pone en posesion de la cosa legada; el acto de dar poder á uno para aceptar; el intentar la accion de incapacidad ó indignidad contra un coheredero; el tomar de la herencia una cosa que nos pertenece; el pagar las deudas del difunto y tantos otros, ¿son actos que suponen aceptacion? No es fácil contestar categóricamente, porque en unas ocasiones será la intencion con que se haya verificado muy distinta de otras; por ejemplo, en el caso últimamente citado, si las deudas se pagaron por el heredero con sus propios bienes, será muy distinta la exclusion de si lo hizo con los bienes hereditarios, porque en este caso, como al que paga se le supone propietario de la cosa dada en pago, obra como heredero al disponer de la herencia; pero si pagó con sus propios fondos no puede deducirse lo mismo, porque si muchas veces se pagan las deudas de un amigo ó de un extraño por pura benevolencia, sin mandato alguno de su parte, ¿con cuánto más motivo no se pagarán las de un pariente ó un padre?

Hé aquí por qué en estos actos, así como en los de puro cuidado y conservacion llevados á cabo por el heredero para que los bienes no sufran detrimento ó pérdida, no debe suponerse exista intencion de aceptar, segun previene la ley; mas como es tan difícil establecer una regla general sin que la duda se presente en muchas ocasiones, conviene hacer constar, conforme aquélla establece, la intencion con que dichos actos se ejecutan, y de este modo no se verá comprometido el heredero á tomar una herencia que no quería, solamente por haberla cuidado y conservado para evitar su completo deterioro ó ruina.

Artículo 1132.—El ascendiente ó descendiente que no queriendo aceptar la herencia por sus muchas cargas, hurta ó adquiere maliciosamente por otro medio los bienes que la constituyen, se entiende que la acepta sin que le sea permitido repudiarla. No sucede lo mismo respecto á los herederos extraños, los cuales deberán devolver lo que tomarón.

ORÍGENES

Ley 12, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto á la primera parte con: Art. 792 Cód. Francia.—709 Nápoles.—1110 Holanda.—1008 Cerdeña.—1022 Luisiana.—732 Vaud que dice: «los herederos que hayan sustraído ú ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciar á ella, y quedan herederos puros y simples á pesar de la renuncia, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir». Ley 71, párr. 4.º, tít. XVI, lib. L, Digesto.

COMENTARIO

Cuando el heredero no quiere aceptar la herencia por sus muchas cargas, pero hurta ó dilapida parte de ella, la ley impone á aquél, siendo hijo, la pena de aceptarla sin poderla renunciar; y si fuere extraño deberá entregar lo que de la herencia tomó sin obligacion de aceptarla.

Se explica fácilmente la distincion entre los hijos y los extraños para los efectos de este artículo, porque los primeros tienen un derecho anterior á la herencia, por el cual nada propiamente hurtan de ella, puesto que les pertenece: pero los herederos extraños en tanto, lo son en cuanto aceptan tal calidad, y por tanto, si absteniéndose de recibir la herencia sustraen algo de ella, toman lo que no les pertenece y deben por consiguiente devolverlo.

Artículo 1133.—Pueden aceptar la herencia:

Primero. Todo el que no esté incapacitado ni en potestad de otro.

Segundo. El hijo en nombre y con otorgamiento de su padre si con este fin fué nombrado heredero; pero sin consentimiento de su padre cuando la herencia se le dejó para que la adquiriera para sí y no para aquél.

Tercero. Los guardadores por las personas que tienen en guarda.

Cuarto. El padre en nombre del hijo menor de siete años aunque éste muera ántes de adirla aquél.

Quinto. El mayor de siete años, menor de catorce, con consentimiento del padre, guardador ó juez. Siendo mayor de catorce años y menor de veinticinco y no teniendo padre ni curador, puede aceptarla por sí y repudiarla despues si no le fuera provechosa.

ORÍGENES

Ley 13, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 57, tít. II, lib. XXIX, Digesto.—El art. 776 del Cód. Frances en su segunda parte, establece que: «las sucesiones correspondientes á los menores de edad y á los sujetos á la interdiccion, no podrán ser válidamente aceptadas sinó conforme á las disposiciones consignadas sobre la materia»; y le siguen los arts. 930 Cód. Italia.—2025 Portugal.—1092 con las adiciones Holanda.—999 Luisiana.—776 Bolivia.—714 Vaud.—910 Friburgo.—465 Tesino.—810 con adiciones Cód. Valais.—El 2023 de Portugal dice que «pueden aceptar ó repudiar la herencia todos los que tienen la libre administracion de sus bienes».

COMENTARIO

Así como algunos no tienen capacidad legal para celebrar contratos, de la misma manera se hallan imposibilitados para aceptar la herencia. Esta trae consigo el cumplimiento de cargas y obligaciones contraídas, si no de una manera formal á lo ménos tácitamente, con los acreedores y legatarios del finado, á quienes tiene que pagar sus créditos y legados; lo que, como es natural, no puede hacer el que no tenga la libre administracion de sus bienes ó no tenga capacidad para contratar.

La regla establecida es, que tienen capacidad para aceptar la herencia, los que tengan la libre administracion de sus bienes; por tanto, el loco, el desmemoriado, los menores é hijos de familia, no se hallan comprendidos en dicha regla.

No pueden aceptar ni adquirir por sí herencia alguna el infante ó menor de siete años, el mentecato ó loco y el pródigo declarado tal por

sentencia judicial; pero pueden aceptarla por ellos sus tutores ó curadores, cuando pueda reportarles utilidad ó serles ventajosa. Sin otorgamiento del padre no pueden aceptar tampoco los hijos que se hallan bajo su potestad, la herencia profecticia dejada á los mismos para que la adquiera el padre; pero sí podrán aceptar por sí la que venga por parte de la madre llamada adventicia, la cual, en caso de ausencia del hijo, puede ser adquirida en su nombre por el padre. Igualmente podrá éste aceptarla en nombre del hijo menor de siete años que se halle bajo la patria potestad, áun en el caso marcado en el artículo. Siendo menor de catorce años, es indispensable el consentimiento del padre ó tutor; y á falta de ambos la correspondiente aprobacion del juez. El mayor de catorce años y menor de veinticinco que no se halle bajo tutela ó patria potestad, puede adquirir por sí y repudiarla por derecho de restitucion, cuando por serle gravosa se arrepiente de haberla aceptado, previo permiso judicial con audiencia de los acreedores del finado.

Artículo 1234.—No podrán aceptar la herencia los que se hallen en algunos de los casos de incapacidad ó indignidad enumerados en el Cap. V, Tít. II de este Libro, en los tiempos que determina el art. 936.

ORÍGENES

Ley 22, tít. III, Partida 6.ª

Artículo 1135.—La mujer casada no puede repudiar ni aceptar la herencia sin licencia del marido salvo en cuanto á la aceptacion de lo dispuesto en el artículo 126 (1).

ORÍGENES

Ley 10, tít. XX, lib. X, Nov. Rec. (54 de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 776 en su primera parte Cód. Francia.—2024 Portugal.—998 Luisiana.

JURISPRUDENCIA

Sent. 3 Junio 1865.

COMENTARIO

Esta limitacion impuesta por la ley á la mujer casada, no reconoce por causa el que se halle sujeta á la tutela del marido como en Roma, sinó que por el interes propio de éste en todo lo referente á bienes comunes de matrimonio, y por la imprevision fácil de existir en la mujer, nuestro derecho reconoce cierta superioridad en el marido que á la vez le hace responsable de los negocios de la familia.

No niega la ley la capacidad á la mujer; pero sí la restringe, para evitar que una aceptacion inoportuna de la herencia produzca resultados funestos por las muchas cargas á la misma afectas, ignoradas por la mujer casada. Por esto es necesario el consentimiento del marido, tanto para aceptar como para repudiar herencias; mas como el beneficio de inventario instituído para evitar precisamente aquellos malos resultados, pone los bienes propios de la persona que acepta á cubierto de todo peligro y responsabilidad, y por él sólo alcanza ésta á los bienes hereditarios con los cuales deben pagarse las deudas del finado, no hay inconveniente alguno en que la mujer tenga derecho de aceptar la herencia si lo hace con dicho beneficio, y así lo ha considerado la ley 54 de Toro.

Su redaccion ha hecho dudar á algun autor respecto al modo de ser aplicada, porque prescribiendo que la mujer casada no pueda sin licencia del marido repudiar ninguna herencia, pero sí aceptarla sin licencia con beneficio de inventario y no de otra manera, no dice nada al parecer respecto á la aceptacion llevada á cabo sin el correspondiente consentimiento, y esto ha hecho preguntar á alguno: ¿qué sucedería en este caso? Pero no hay motivo para semejantes dudas, porque el *no de otra manera* de la ley da á entender que si de otro modo se hiciere la aceptacion que el marcado en ella, á saber, sin beneficio de inventario, no valdría aquélla, porque únicamente con éste él puede excusarse á la licencia del marido, y así ha venido á resolverlo el Tribunal Supremo.

Artículo 1136.—Para que el instituído heredero pueda adir ó renunciar la herencia, es necesario:

Primero. Que esté cierto de la muerte del testador.

Segundo. Que la condicion mediante la cual fué instituído, se cumpla.

Tercero. Que esté igualmente cierto de la capacidad del testador.

Mediando estas condiciones, no le perjudicará para aceptar la herencia la duda so-

(1) Véase pág. 81.

bre su derecho á ella y sobre su capacidad para adirla.

ORÍGENES

Ley 14, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 973 al 979 Cód. Luisiana.—Leyes 13, 32, 34 y 70, tít. II, lib. XXIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 24 Enero 1862.

La ejecutoria en que se condena á unos hijos á pagar una deuda de su padre con los bienes que heredaron de éste, sin extender la obligacion á bienes de otra procedencia, no infringe las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª del Digesto, *de adquirenda vel admittenda hæreditate:* la 16, *codicis de Jure liberandi*, y la 14, tít. VI, Partida 6.ª (Sent. 5 Junio 1869).

La ley 14, tít. VI, Partida 6.ª y doctrina de jurisprudencia consignada por el Tribunal Supremo, de conformidad con aquella «de que no pueden entrar en la herencia, ni renunciarla, los herederos nombrados en testamento, sinó despues de estar ciertos de la muerte del testador», y art. 35 de la Ley Hipotecaria, referente á la prescripcion como medio de adquirir el dominio, son inaplicables al pleito cuyo punto único y objeto de debate ha sido la prescripcion de la accion de peticion y division de herencia (Sent. 31 Diciembre 1877).

COMENTARIO

Algunos requisitos exige la ley de Partida (14, tít. VI, Partida 6.ª), ademas de los que llevamos estudiados, para que la adicion de la herencia pueda tener lugar. Es necesario que el heredero sepa la muerte de la persona á quien trata de suceder: *qui hereditatem adire... volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem* (Paulus, lib. LIX, ad. Edictum). Esto es claro, *ca mientra que dudare si es vivo ó muerto, non puede entrar, nin ganar la heredad del; nin la puede renunciar maguer quiera*, dice la ley de Partidas teniendo en cuenta que no se heredan los bienes de un vivo, ni cabe aceptacion de la herencia que no existe.

Pero no basta tener noticia de la muerte del testador, sinó que ademas debe saberlo con certeza el aceptante, sin apoyarse en conjeturas ú opiniones, muchas veces dudosas, y siempre causa de la nulidad de la aceptacion ó renuncia; de suerte que, si por falsos rumores corridos sobre la muerte de una persona, su heredero tomara posesion de la herencia, aunque luégo ocurriera aquélla, no adquirió derecho ni obligacion alguna el aceptante desde el principio.

Dudan algunos autores sobre la necesidad del segundo requisito establecido en el artículo, por la libre facultad que tiene todo hombre de renunciar su derecho; mas si bien es cierto este principio, tambien lo es el que nadie puede renunciar el derecho que no tiene. En efecto, miéntras no se cumpla la condicion impuesta por el testador para que la herencia pase á una persona, no tiene ésta verdadera calidad de heredero, y por tanto, *nihil agit*, como dice Ulpiano, *si ante conditionen existenent repudiavit*, nada hace repudiando la herencia ántes de cumplirse la condicion.

Las razones expuestas al comentar el primer requisito establecido en el artículo, sirve tambien de explicacion al tercero, porque si nadie puede aceptar una herencia por el conocimiento incierto de la muerte de su dueño, tampoco hay derecho para adirla cuando es dudosa la legitimidad del título de heredero, procedente de nombramiento hecho por persona cuya capacidad no era bien conocida. En el primer caso es incierta la herencia, y en el segundo la institucion, y por tanto, no cabe adquirir el derecho que quizas no existe.

Ahora bien, si el heredero dudare de su propia capacidad, no por eso está imposibilitado para aceptar la herencia, porque en este caso el testamento y la institucion son ciertos, y como dice la misma ley de Partida, *lo fizo aquel que avia poder de lo fazer*.

Síguese de lo expuesto, segun afirma Escriche, que si un pariente de grado más remoto aceptase la herencia, creyendo falsamente que el más próximo habia renunciado, no podria tener efecto esta aceptacion, aunque luégo el más próximo llegase á renunciar y recayese as la herencia en el primer aceptante; pues así como nadie puede aceptar una sucesion que todavía no está abierta, tampoco puede aceptar una sucesion á que no está llamado en la actualidad, aunque pueda estarlo en lo sucesivo.

Artículo 1137.—La aceptacion ha de ser pura, y no puede hacerse bajo condicion,

ni en parte ni por medio de procurador. Este, sin embargo, puede tomar posesion de la herencia en nombre de quien anteriormente la había aceptado.

ORÍGENES

Ley 15, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2022 Cód. Portugal.—980 y 1009 Luisiana.—Ley 51, párr. 2.º, tít. II, lib. XIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

La aceptacion por el heredero de una de las cosas que debe recibir con arreglo al testamento, no es obstáculo para reclamar lo demas que le pueda corresponder en virtud de dicho testamento (Sent. 31 Diciembre 1870).

COMENTARIO

Tres requisitos exige la ley 15 del título y Partida que estamos examinando para ser válida la aceptacion de una herencia: ha de ser pura, total y personal.

Esta disposicion, copiada del Derecho Romano, se fundaba en dos principios, á saber: en el de que la adicion de la herencia era un acto legítimo, y como tal debía hacerse solemnemente, sin condicion alguna y por los mismos interesados, y en el de que nadie podía morir parte testado y parte intestado.

Hoy han perdido toda su fuerza estos dos principios; pasó á la historia la teoria de los actos legítimos, y cambió el carácter de la sucesion desde el Ordenamiento de Alcalá. Hé aquí por qué Escriche, con otros autores, dice que en adelante podrá cualquiera aceptar la herencia por medio de procurador, dándole al efecto poder especial; y tambien podrá aceptarla desde tal tiempo hasta tal tiempo determinado, debiendo pasar la herencia á los herederos que corresponda, segun el órden de suceder, por el tiempo que no esté aceptada, como acaece en el caso de que el testador haya instituido heredero desde cierto día ó hasta día cierto.

Es verdad que dejaron de regir los dos principios romanos, base principal de la disposicion que comentamos; pero, ¿ha sucedido lo mismo con ésta, como afirman los autores? Aun cuando faltando la base y habiendo cambiado el carácter de la sucesion no carece de fundamento la doctrina mencionada, no podemos eludir preceptos consignados de una manera terminante en la ley.

Por otra parte, no faltan razones en su apoyo, sin necesidad de ir á buscarlas en el Derecho Romano. Los acreedores y demas personas que tengan derecho á cobrar ciertas cantidades de la herencia, se hallan interesados en que el heredero la acepte, no con salvedades ni restricciones que redundarían en perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por aquéllos, sinó puramente y en su totalidad. Ademas, el heredero debe respetar en todo la voluntad del testador, á quien no sólo está ligado por los vínculos de la sangre en la mayor parte de las ocasiones, sinó tambien por los lazos de la gratitud, y mal cumplirá con este deber si acepta lo que aquél le dejó con limitaciones. Sobre la fortuna del difunto está su personalidad, y más que el interes del heredero ha tenido en cuenta la ley el carácter que le da la herencia, y no hay motivo para aceptar en parte lo que tiene un título universal. Sin duda por estas razones ha establecido de igual modo el Proyecto de Código que «la aceptacion ó repudiacion de la herencia no puede hacerse condicional ni parcialmente», y el mismo Escriche desecha la aceptacion condicional, fundado en el perjuicio que causaría á los acreedores, por no poder cobrar sus créditos hasta el cumplimiento de la condicion.

Dícese tambien que no hay motivo para impedir la aceptacion por medio de procurador, como hace la ley; pero juzgamos inútil el poder desde el momento en que, al otorgarlo á favor de una persona para que acepte la herencia, la acepta desde entónces por sí mismo el poderdante, y siempre viene á ser la aceptacion un acto personalísimo. Podrá contestársenos que en muchas ocasiones no es fácil al heredero enterarse de los beneficios y desventajas de la herencia, ya por ausencia ó enfermedad, y en este caso puede hacerlo por él un encargado, para no cargar con deudas y obligaciones no conocidas; pero el resultado, siempre será el mismo, á saber: la inutilidad del poder, porque ó se otorga á favor de una persona para que acepte la herencia si es provechosa, ó sencillamente se la encarga que examine sus cargas y beneficios para adirla el poderdante; en uno y otro caso es éste quien acepta, y en ambos puede suprimirse el poder, pudiendo el mismo heredero aceptar sin temor á deudas ocultas,

por medio del beneficio de inventario de que más adelante hablaremos.

Sin necesidad, pues, de acudir á la legislacion romana, hay razones que explican perfectamente el precepto consignado en las Partidas, segun el cual, la aceptacion de la herencia debe ser pura, personal y en su totalidad, por más que no sostenemos que esté vigente de un modo absoluto.

Artículo 1138.—La repudiacion de la herencia puede hacerse de palabra ó por hechos que demuestren intencion de renunciarla, y una vez hecha no puede aceptarse nuevamente á no ser que el heredero fuese menor de veinticinco años.

ORÍGENES

Ley 18, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con el fragmento 95, tít. II, libro XXIX, Digesto.

El art. 845 Cód. Francia dice que: «el heredero que renuncia la herencia, puede no obstante retener lo donado entre vivos ó reclamar el legado que se le hizo, en cuanto quepa en la porcion disponible».

JURISPRUDENCIA

Sent. 6 Noviembre 1858.

Sent. 13 Enero 1865.

La renuncia de los derechos á una herencia no puede hacerse eficazmente á favor de un tercero, ántes de que haya fallecido naturalmente ó que pueda tenerse por legalmente muerto á aquel á quien había de heredar (Sentencia 28 Junio 1858).

Aunque, con arreglo á las constituciones de Cataluña, puede el heredero renunciar la herencia áun despues de haber tomado posesion de los bienes que la constituyen, esta renuncia cuando por haberse opuesto algunos interesados no ha sido admitida por el juez y pende pleito sobre ella, no puede tener valor y eficacia ínterin no se resuelva definitivamente dicha cuestion (Sent. 27 Octubre 1860).

Para que sea válida y eficaz la renuncia de un derecho hereditario, debe hacerse *de palabra ó por fecho*, segun la ley 18, tít. VI, Partida 6.ª (Sent. 24 Setiembre 1866).

El consentimiento y conformidad del heredero, aprobando y aceptando con sus actos el testamento, y recibiendo como tal la parte de herencia que por él le corresponde, llevan en sí la caducidad de accion para reclamar la nulidad del mismo testamento, segun lo establecido en la ley 4.ª, tít. XXXI, lib. VI del Código de Justiniano; la 18, tít. VI, Partida 6.ª, y la jurisprudencia admitida por los tribunales (Sentencia 9 Enero 1867).

Cuando no se disputa acerca de la fuerza probatoria de la escritura en que se consigna la renuncia de una herencia, sinó acerca de la validez ó nulidad de esta renuncia, no tiene aplicacion las leyes relativas á la eficacia de los instrumentos públicos (Sent. 8 Febrero 1869).

El heredero que acepta con sus actos el testamento y recibe la herencia que segun él le corresponde, no tiene derecho para reclamar la nulidad del mismo testamento (Sent. 27 Enero 1870).

COMENTARIO

Los modos establecidos en artículos anteriores para aceptar la herencia, se hallan igualmente consignados en el presente para renunciarla, que á la vez contiene una disposicion especial.

De palabra ó por hechos que manifiesten claramente la intencion de renunciar la herencia puede tener lugar su repudiacion. De esta manera se expresaba el Derecho Romano que fué copiado por la ley 18, tít. VI, Partida 6.ª

Pero no se limitó esta ley á consignar los modos de renunciar el derecho hereditario, sinó que teniendo en cuenta las consecuencias que tanto de este hecho como del de la aceptacion, pueden sobrevenir á los que sobre la herencia tienen derechos legítimamente adquiridos, obligó al que una vez se hubiere otorgado por heredero á no desamparar la herencia aceptada, así como al que la hubiere repudiado, á no demandarla despues. De la aceptacion dependen una porcion de obligaciones y derechos que no pueden ser desatendidos, y el heredero, una vez aceptada la herencia, es responsable del cumplimiento de ellos en virtud del cuasi contrato que le obliga á satisfacer las deudas y demas cargas hereditarias contraídas por el difunto. Por esta misma razon si renunciare la herencia, no puede luégo demandarla nuevamente, pues de otro modo, estaría á merced del heredero el sagrado cumplimiento de aquellas obligaciones.

Una excepcion, sin embargo, establece la ley

á favor del menor de veinticinco años, porque en la menor edad no se tiene la experiencia y el juicio necesarios para prever las consecuencias de una aceptacion ó de una renuncia; y así como para la primera exige la ley ciertos requisitos con el objeto de evitar que el menor se perjudique haciéndose responsable de cargas y deudas desconocidas, superiores quizas al valor de sus bienes, así tambien atiende la ley á su provecho, disponiendo que si renuncia una herencia y luégo quiere aceptarla, puede hacerlo dentro del término para ello concedido, en consideracion á su corta edad cuando la desechó.

Cuando el instituído heredero no acepte la herencia, se observará lo que respecto de instituciones, derecho de acrecer y llamamiento de parientes abintestato dejamos consignado en sus respectivos lugares, teniendo presente aquellas disposiciones que correspondan segun los casos.

Ahora bien, la ley de Partidas, siguiendo á la 55, tít. II, lib. XXIX del Digesto, obligaba al heredero aceptante á dejar su parte ó tomar la renunciada por su compañero, fundándose ambas leyes en el principio tantas veces repetido de que nadie podía morir parte testado y parte intestado, el cual naturalmente quedaba n[illegible]ringido si la herencia se dividía entre un heredero testamentario y el heredero legítimo del que renunció; pero como este principio ha sido derogado y no tiene razon de ser en nuestro Derecho patrio, segun se ha explicado anteriormente, y hoy puede un testador disponer en parte de sus bienes, perteneciendo el resto á los llamados por la ley á la sucesion, no puede haber inconveniente alguno en que un heredero acepte su parte y deje que vaya la renunciada por su compañero á sus herederos abintestato, á no ser que hubiere sustituto, ó que, por derecho de acrecer mediante conjuncion, la adquiriere aquél. Estos son los motivos que nos han inducido á separarnos de lo dispuesto en la ley de Partida, entendiendo derogada disposicion tan contraria al espíritu de nuestro Derecho patrio en materia de sucesiones.

Artículo 1139.—El que es llamado á una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado tambien por el segundo.

Repudiándola como heredero abintestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste.

ORÍGENES

Ley 19, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2038 Cód. Portugal.—Leyes 17 y 77, tít. II, lib. XIX, Digesto.

COMENTARIO

Renuncia por completo á la herencia el que, instituído por el testador, no la acepta, áun cuando con arreglo á la ley sea llamado á disfrutarla como pariente próximo. El legislador no podía consentir que la voluntad del testador no fuera respetada por el heredero, si, por ser llamado á la sucesion como pariente próximo, léjos de mostrar gratitud hacia el que le había instituído, renunciaba su derecho por testamento para heredar luégo abintestato.

Pero no sucede lo mismo cuando el heredero renuncia la herencia á la que fué llamado por la ley, ignorando su nombramiento hecho por el testador, porque nadie puede renunciar lo que ignora, y en este caso puede luégo aceptarla como heredero testamentario.

Artículo 1140.—Los hijos ó nietos que repudiaron la herencia de su padre ó abuelo, pueden, áun siendo mayores de edad, recobrarla si la piden dentro de tres años, ménos en los bienes enajenados por el heredero que la adquirió cuando la renunciaron aquéllos. Si los hijos ó nietos fuesen menores de edad, pueden recobrar todos los bienes.

ORÍGENES

Ley 20, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

El art. 790 del Cód. frances dice, que miéntras no haya prescrito el derecho de aceptar, tienen todavía los herederos que renunciaron, la facultad de hacer suya la herencia, si no ha sido aceptada ya por otros herederos y sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceras personas.

COMENTARIO

Este artículo establece otra excepcion al precepto consignado en el 1138, segun el cual una

vez repudiada la herencia, no se puede volver á aceptar. Sin duda los estrechos lazos que existen entre ascendientes y descendientes movieron al legislador romano primero, y despues al de las Partidas, modificar la regla general en favor de los hijos y nietos, concediéndoles el derecho de recuperar la herencia repudiada procedente de sus padres ó abuelos. Para ello debían pedirla dentro del plazo de tres años y solamente los bienes no enajenados por el heredero que disfrutó dicha herencia desde que la renunciaron aquéllos, pues los enajenados en ese tiempo se consideran fuera de la herencia para los efectos de esta ley.

Nada tiene que ver esta disposicion con los menores de veinticinco años, pues como ya hemos visto en anteriores artículos, éstos tienen facultad por derecho de restitucion, para recobrar todos los bienes que formaron parte de la herencia por ellos renunciada.

Artículo 1141.—Hasta pasados nueve días desde la muerte de aquel de cuya herencia se trata, no pueden los acreedores entablar accion alguna contra el heredero.

Sin embargo, el juez, á instancia de cualquier interesado, podrá exigir al heredero que preste fianza si hubiere sospechas de que ocultará ó malbaratará los bienes.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XVIII, lib. IV, Fuero Real.
Ley 15, tít. XIII, Partida 1.ª
Ley 13, tít. IX, Partida 7.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2041 Cód. Portugal, en cuanto éste marca el mismo plazo para que los interesados en la aceptacion ó repudiacion de la herencia pueden solicitar del juez que fije al heredero un plazo razonable, que no exceda de treinta días, para que acepte ó renuncie, pues de lo contrario se tendrá la herencia por aceptada.—Ley 2.ª, tít. IV, lib. II, Digesto; Novela 60, cap. 1.º

COMENTARIO

El novenario de luto, llamado así por los autores, el plazo de nueve días contado desde la muerte de la persona de cuya sucesion se trata, y marcado en la ley con el objeto de que los acreedores no puedan obligar al heredero durante dicho tiempo á que pague las deudas contraídas por el difunto, se halla apoyado en razones de piedad y humanidad, porque parece repulsivo exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones á una en momentos en que el dolor y la afliccion tienen embargado su ánimo por la muerte de un sér querido. *Ideoque pium et humanum esse perspeximus talem crudelitatem hac lege piisima coercere*, dice la Novela 115, recordando el caso de un padre acosado por su deudor cuando volvía de dar sepultura á su hijo.

Las cosas más conformes con la justicia y la equidad han tenido, no obstante, un lado por donde ser atacadas por algun autor, y ciertamente que en el punto objeto de nuestro estudio son de escasísima importancia aquellos ataques. Godofredo, despues de mostrar el orígen pagano de lo que siendo costumbre pasó luégo á ser ley, reprueba el número novenario, *novendiatem*; mas importa poco el número para la mayor ó menor duracion de un plazo que razones muy atendibles hacen necesario.

Sin embargo, tampoco debe echarse en olvido los derechos legítimamente adquiridos por los acreedores, cuando hubiere sospechas de que el heredero pudiera ocultar ó disipar los bienes, de manera que luégo fuera imposible satisfacer los créditos y cargas hereditarias; si la piedad favorece al heredero, la justicia exige se provea á la seguridad en el cumplimiento de sagradas obligaciones. Hé aquí por qué la ley 15 de Partida faculta á los acreedores para compeler al heredero á que preste fianza ante el juez, cuando por cualquier motivo hay temor de que aquél oculte ó disipe los bienes con que debe satisfacer en su día las cargas de la herencia.

SECCION CUARTA

DEL BENEFICIO DE DELIBERAR

Artículo 1142.—Los herederos, tanto testamentarios como abintestato, pueden usar el beneficio de deliberar, examinando dentro de cierto plazo si les conviene admitir ó no la herencia.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. VI, Partida 6.ª

COMENTARIO

En anteriores comentarios hemos dejado trascritas las palabras con que se expresa el proemio del título VI de la Partida 6.ª, sobre la aceptacion y renuncia de la herencia. Allí tuvimos ocasion de ver, que si el heredero puede, mediante la primera, adquirir bienes y obtener ventajas en unas ocasiones, puede ver en otras comprometida su propiedad por el mayor número de deudas hereditarias contraídas con la aceptacion. Por esto: «*tovieron por bien los sabios antiguos, que pudiesen ante aver consejo, que rescibiesen la eredad, si les era pro, ó daño en tomarla*», concediéndose al heredero el beneficio llamado de deliberar que, segun se explica en la ley 1.ª de la Partida y título citados, *quiere decir en romance, aver ome acuerdo por si mismo, ó con sus amigos, si es bien de facer aquella cosa, sobre que tomó plazo para aconsejarse. E tiene gran pro este deliberamiento à los que son establecidos por erederos en testamento de otri, é aun á los otros que han derecho de eredar, por razon de parentesco, los bienes de alguno que muriese sin testamento. Ca en tal plazo pueden ver, si tomando la erencia les viene ende pro, ó daño.*

Vemos en esta ley el precepto al lado de su explicacion, y no es menester gran esfuerzo para reconocer la justicia del mismo. La representacion jurídica del finado, así como trasmite derechos, impone obligaciones, y como esto puede ser más perjudicial que útil en ocasiones, se le concede al heredero la facultad de examinar por sí, cuál es el verdadero estado de la herencia, cuáles son sus bienes y sus deudas, qué ventajas ofrece y qué perjuicios reporta, y una vez conocidos estos extremos, decidirse por lo que más convenga á su interes propio. De este modo, y supuesto que la aceptacion y renuncia son actos libres, segun hemos dicho anteriormente, el heredero no puede verse comprometido tan fácilmente á satisfacer con sus propios bienes, las deudas contraídas por el finado, cuando son mayores en cantidad al valor de su relicta herencia, porque una vez conocidas sus cargas puede renunciarla.

Mas el plazo para ejercitar este beneficio no podía ser indefinido, ni tan largo que viniese á perjudicar los derechos de otras personas. Por esto la ley de Partida decia que los herederos, ántes de otorgarse como tales por palabra ó de hecho, debían pedir plazo al Rey ó al juez del lugar donde radicare la mayor parte de los bienes hereditarios; mas hoy, modificada esta ley por la de gracias al sacar, en cuanto ésta no admite otras que las en ella enumeradas, no se halla entre las mismas comprendida la que se refiere al plazo concedido por el Rey, que en último resultado constituía un segundo favor para el heredero, en el mero hecho de concedérsele por aquél mayor plazo del que podía otorgarle el juez, y en la actualidad corresponde á los tribunales el hacer estas concesiones. Lo mismo decimos respecto á la competencia de jurisdiccion: por la ley de Partida era juez competente, para otorgar dicho plazo, el del lugar donde radicare la mayor parte de los bienes hereditarios; pero promulgada la ley de Enjuiciamiento civil para todo aquello que se refiera á procedimientos, ha dejado de regir el Código alfonsino en este punto, y desde entónces es juez competente para el objeto que nos ocupa el del domicilio del difunto.

Despues de esto, la ley de Partida, á fin de que el heredero pueda aprovecharse del beneficio de deliberar para obtener el más acabado conocimiento de las ventajas y desventajas de la herencia, dispone que, sean uno ó muchos

los llamados á disfrutarla, puedan pedir al juez que les sean presentados los títulos y escrituras á la misma pertenecientes, con el objeto de tener más datos para aconsejarse, y por último, que los tutores ó curadores sean los encargados de representar en todos estos casos á los menores de veinticinco años, pues de nada serviría el beneficio concedido por la ley para evitar un mal, si por falta de capacidad podían sobrevenir otros perjuicios al ejercitarlo.

Artículo 1143.—El heredero dispondrá para deliberar, de un plazo de nueve meses concedido por el juez, el cual podrá reducirlo á cien días si lo creyere suficiente.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VI, Partida 6.ª
Ley 14 Abril 1838.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley final, párr. 13, tít. XXX libro VI, Código Romano.

COMENTARIO

Lógica consecuencia de lo dispuesto en el anterior artículo, es el contenido de éste. El beneficio de deliberar no podía ejercitarse indefinidamente segun dejamos apuntado; sería perjudicial y sobremanera gravoso para los acreedores si por el largo plazo concedido al heredero no podían hacer efectivos sus créditos miéntras la herencia no fuese aceptada. Por otra parte, era grave obligar al instituído á que declarase si admitia ó no la representacion del difunto, por lo cual ya en Roma, primero los pretores y luego Justiniano, establecieron un plazo durante el que debía resolverse el heredero á admitir ó repudiar la herencia. Los cien días marcados por el pretor fueron aumentados por Justiniano hasta nueve meses contados desde el día de la concesion cuando el plazo fuese otorgado por el magistrado, y hasta un año si lo concediese el emperador.

Tal fué el derecho copiado por las Partidas, las cuales facultaron al juez para reducir el plazo á cien días siempre que lo creyere suficiente. Hoy, segun hemos dicho, ha sido modificado el Código alfonsino en su primera parte por la ley de gracias al sacar y sólo rige dicho Código en lo que se refiere al plazo concedido por el juez de nueve meses ó cien días segun los casos.

Hay, pues, un plazo máximo y otro mínimo; si del primero no se puede pasar, tampoco del segundo cabe rebajar nada; *bien pueden menguar este plazo, dándoles cien días á lo ménos.*

Ahora bien, pregúntanse algunos autores si habría casos en que conviniera rebajar todavía más el plazo de cien días, y nos parece muy sencilla la contestacion, porque si alargándolo se perjudica los intereses de los acreedores y personas que tienen derechos adquiridos á la herencia, rebajándolo más de lo dispuesto en la ley, se perjudica igualmente el derecho del heredero, para el cual vendría á ser ilusorio el beneficio concedido durante un plazo tan corto, por cuya razon no creemos debe reducirse más en ningun caso.

Artículo 1144.—Cuando el nombrado heredero muriese ántes de terminar el plazo para deliberar, tendrá su sucesor el tiempo que del mismo restare para hacerlo. Si aquel muriese concluído el plazo sin haber admitido la herencia, sólo entrará en ella su sucesor, en caso de ser el heredero muerto descendiente en línea recta del testador cuya herencia dejó de adir; pero no si fuere heredero extraño.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. VI, Partida 6.ª

COMENTARIO

Trátase en los tres últimos párrafos de la ley citada del caso en que muera el heredero nombrado por el testador ántes ó despues de haber terminado el plazo concedido para deliberar, y distínguese igualmente en uno y otro tiempo, si tuvo ó no lugar la aceptacion de la herencia, para ver si pudo ser trasmitido el derecho á ella.

Aquí lo que verdaderamente se trasmite no es la herencia, sinó el derecho ó facultad de adirla. El Derecho Romano trató con más extension esta doctrina, sobre el derecho de los trasmisarios, materia nueva en nuestro derecho. En aquella legislacion se hallaba establecido que si el heredero no adía la herencia durante su vida, no pudiera trasmitirla á sus su-

cesores; pero una cosa era la herencia y otra el derecho de adirla, el cual, á diferencia de la primera, pasa á los herederos.

Aunque realmente parece demasiado nimia esta distincion, porque en el mero hecho de hallarse facultado un heredero para adir la herencia, lo está para hacerla suya mediante aquel acto, en rigor no puede trasmitirse la herencia que no se tiene por no haberla adido; pero sí puede traspasarse el derecho de adirla al heredero llamado á suceder en todos los derechos reales y personales del difunto. Sólo de este modo tiene aquella doctrina explicacion.

Nuestra ley de Partida empieza en esta materia disponiendo que, muerto el heredero ántes de haber terminado el plazo concedido para deliberar, puede su sucesor disponer del tiempo restante hasta su terminacion para el mismo objeto, que es lo que se ha llamado trasmision por el capítulo de deliberar, para distinguirla de la que tiene lugar por la potencia de la sangre y por la potencia de la suidad.

Igual derecho reconoce la ley de Partida cuando se trata de herederos descendientes aunque hubieren muerto sin adir la herencia y habiendo trascurrido el plazo para deliberar. Pero no sucede lo mismo con los extraños. Dice así la ley: *Pero si se muriese despues del plazo, ante que se otorgase por eredero, si este atal era estraño, el su eredero non aura derecho ninguno en la erencia, sobre que el finado avia tomado plazo para consejarse. Mas si aquel que finó descendiese de la liña derecha del testador que lo estableció por su eredero, estonce su eredero puede aver la erencia; maguer aquel á quien eredaba, sea muerto despues del plazo que le fué dado para consejarse.*

Esto es lo que se ha llamado trasmision por la potencia de la sangre, pues segun acabamos de ver en el texto de la ley, sólo tiene lugar en el caso de ser descendientes del testador los llamados á la herencia, en el cual los vínculos de la sangre establecen una especie de sucesion natural entre los descendientes, que hace pasen los bienes de unos á otros, áun cuando alguno haya muerto despues del plazo marcado para deliberar.

No pasaremos ya por alto la trasmision llamada por la potencia de la suidad, para dejar completa esta materia. Define Gomez la suidad diciendo: *Suitas est quoddam jus intellectuale, directum, non flexibile, propter patriam potestatem, personarumque identitatem, dominii bonorum continuationem ad descendentes proximos post morten inmediate inducens* (1)

Todos los individuos de la familia formaban en Roma una especie de personalidad jurídica; todos tenian parte en la propiedad de la familia, de manera que existia cierto condominio con el jefe, por lo cual si faltaba éste, era natural que pasaran los bienes á los demas aunque alguno dejara correr el plazo sin adir la herencia. Por lo dicho se comprende perfectamente, que esto sólo podia tener lugar entre los descendientes del primer grado, esto es, entre aquellas personas más íntimamente unidas al difunto, de lo cual nada existe hoy en nuestro derecho.

Artículo 1145.—El heredero no puede enajenar los bienes durante el plazo otorgado para deliberar, sin la autorizacion del juez mediante justa causa.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. VI, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Conforme á lo dispuesto en las leyes del título VI, de la Partida 6.ª, especialmente la 3.ª, está prohibido á los herederos del finado que muriese sin testamento enajenar parte alguna de la herencia sin licencia ó autorizacion previa del Juez, á no ser que expresamente la hubiese aceptado dentro del plazo designado para deliberar y practicar el inventario de todos los bienes relictos (Sent. 29 Diciembre 1873).

Dicha prohibicion es más explícita cuando uno de los herederos fuere menor de edad, en cuyo caso, segun la ley 60, tít. XVIII, de la Partida 3.ª, y el art. 1401 de la ley de Enjuiciamiento civil, son nulas las enajenaciones ejecutadas sin las solemnidades que en las mismas se expresan (Sent. id. id. id.).

Si no fué objeto de discusion y fallo en el juicio de testamentaría la venta y enajenacion de los bienes de la misma durante el plazo que se concede á los herederos para deliberar, ni de la aceptacion de la herencia á beneficio de inventario, y por consiguiente, las leyes 3.ª y 5.ª, tít. VI, Partida 6.ª, que de eso tratan, no se infringen por la sentencia absolutoria de la demanda (Sent. 9 Febrero 1876).

(1) Número 16, cap. IX, tomo I, Var. Res.

COMENTARIO

Miéntras el instituído no acepta la herencia, no puede considerarse como tal heredero; se halla imposibilitado para ejercer actos de dueño en los bienes hereditarios, y por tanto, la prohibicion que la ley le impone de venderlos, es lógica consecuencia de la naturaleza del beneficio de deliberar.

Si por este beneficio goza el heredero de un plazo para examinar las ventajas ó gravámenes de la herencia y decidirse en su virtud por su aceptacion ó renuncia, es claro que durante ese tiempo no es dueño ni heredero, y por tanto, no puede ejercer actos de tal. Por otra parte, si esto se hiciera, serían grandemente perjudicados en sus intereses todos aquellos que tuvieren derechos adquiridos á la herencia, y que, no pudiendo hacerlos efectivos hasta la aceptacion del heredero, se hallaban expuestos á perderlos por las enajenaciones llevadas á cabo durante el plazo marcado para deliberar.

Puede, sin embargo, haber casos en que sea necesario enajenar algunos bienes, por ejemplo, para enterramiento del finado, para reparar los edificios, para cultivar las herededades y otros muchos ademas de los citados en la ley; pero en todos ellos será preciso ademas de la justa causa, la autorizacion del juez. Sólo así podrán llevarse á cabo aquellas enajenaciones para no lesionar los derechos de terceras personas.

Artículo 1146.—El heredero que no quisiere adir la herencia, deberá restituirla toda á los sucesores ó acreedores del difunto y abonarles cuanto importasen los bienes que hubiere sustraído, prévia estimacion prudencial del juez.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley última, párrafo penúltimo Código Romano, *de jur delib.*

JURISPRUDENCIA

Cuando no se usa del beneficio de deliberar, no tiene aplicacion la ley 4.ª, tít. VI, Partida 6.ª (Sent. 27 Mayo 1873).

COMENTARIO

Dos partes contiene la ley 4.ª del título y Partida que estamos examinando. Dispónese en la primera que si despues del plazo marcado al heredero para deliberar no quisiere recibir la herencia, *tenudo es de tornar toda la herencia, é los bienes del testador* á los acreedores ó sucesores del difunto. De las palabras subrayadas se deduce lógicamente que si ha de restituír la herencia no queriendo adirla, puede tenerla en su poder durante el plazo marcado para deliberar.

Ahora bien, si no quisiera devolver los bienes ó hubiera sustraído algunos, deberá abonar á los que sobre los mismos tuvieren derecho, cuanto dijeren bajo juramento que valían aquéllos, debiendo ser estimados primeramente por el juez con arreglo á lo que su prudencia le aconsejare: tal es la doctrina comprendida en la segunda parte de la ley.

SECCION QUINTA

DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

Artículo 1147.—Todo heredero puede pedir la formacion de inventario, ántes de aceptar ó repudiar la herencia.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. VI, Partida 6.ª

COMENTARIO

Qué sea inventario y en qué consiste el beneficio concedido al heredero mediante su formacion, se halla explicado en el primer párrafo de la ley 5.ª, tít. VI, Partida 6.ª, al declarar que *inventario quiere decir escritura que es fecha*

de los bienes del finado. E facen los herederos tal escritura, porque despues non sean tenudos de pagar las debdas de aquel que heredaron, fueras en tanta cuantía cuanto montaren los bienes del finado.

No era suficiente el beneficio de deliberar para el fin por el cual fué establecido en las leyes; todavía era fácil que hubiese en la herencia cargas ocultas, ó que al heredero le ofreciera dificultad el apreciar con exactitud el valor de los bienes de aquélla, razones por las cuales no siempre se aceptaban las herencias con confianza y seguridad.

Para alejar todo peligro que pudiera sobrevenir al aceptante, hizo extensivo Justiniano á todos los herederos testamentarios y legítimos el beneficio introducido por Gordiano en favor de los soldados que se encontrasen con una herencia onerosa. Mediante dicho beneficio, el heredero formaba el inventario ó catálogo de todos los bienes hereditarios, y de esta manera no tenía que responder de las deudas y cargas de la herencia más que hasta donde alcanzase el valor de los bienes inventariados.

De igual modo pasó á nuestra legislacion este beneficio, cuya justicia á nadie puede ocultársele. En efecto, el obligar á una persona á responder de todas las deudas de un difunto hasta con sus propios bienes, por la aceptacion de una herencia que léjos de reportarle ventajas es la causa de su ruína y de la de su familia, ni es justo ni equitativo. El plazo concedido al heredero para examinar si le convenía aceptar ó no la herencia, era insuficiente en la mayor parte de las ocasiones, y por tanto, nada mejor para dejar á salvo los bienes propios del heredero, que ninguna deuda había contraído, sin desatender por otro lado los derechos de los acreedores, que el beneficio llamado de inventario.

Como acabamos de ver que el de deliberar tambien se halla vigente en nuestra legislacion, pudiera preguntarse si es posible usar de ambos beneficios ó sólo de uno de ellos; pero fácilmente puede contestarse á esta pregunta teniendo en cuenta que la consecuencia principal del beneficio de inventario es establecer una línea divisoria entre la responsabilidad del difunto y la del heredero, de manera que casi puede decirse que el beneficio de deliberar está comprendido en el de inventario, porque consistiendo aquél en un plazo dado para examinar las ventajas é inconvenientes de una herencia, de ningun modo puede llevarse mejor á cabo ese exámen que por el inventario de los bienes en la misma comprendidos, y á nadie se le ocurrirá por tanto usar de un beneficio de tan poca utilidad, teniendo otro que es más seguro y ventajoso.

No queremos decir con lo expuesto que el heredero se halle exento siempre de pagar las deudas del difunto; léjos de eso, debe tenerse presente que por regla general el heredero es responsable de las cargas hereditarias como representante del finado, y sólo cuando por su voluntad haga uso del beneficio de inventario, y en la forma que las leyes determina, se librará, no de pagar aquellas cargas á lo cual siempre está obligado, sinó de responder de ellas con sus propios bienes además de los hereditarios.

Está, por tanto, en completa libertad el heredero, de hacer ó no uso del beneficio que la ley concede, áun cuando hay algun caso en que la aceptacion es de él inseparable, esto es, que no puede aceptarse la herencia sinó á beneficio de inventario; tal sucede, por ejemplo, segun dejamos apuntado en otro lugar, cuando la mujer casada acepta una herencia sin la autorizacion del marido.

De aquella regla general se deducen dos conclusiones: 1.ª, que si el heredero es libre de usar ó no del inventario puede aceptar la herencia ántes ó despues de hacerlo; y 2.ª, que tiene facultad el testador para prohibir á los herederos extraños, el uso de este beneficio. En efecto, nadie duda en cuanto á lo primero, que la mera formacion del inventario no supone aceptacion de herencia, porque puede hacerlo el heredero con el fin de cerciorarse bien si le conviene ó no aceptarla; por consiguiente, miéntras no lo diga, ó por sus actos no se sobreentienda, no puede considerarse como tal heredero. En cuanto á lo segundo, cada cual es árbitro de poner las condiciones que le parezca convenientes en el testamento, lo que, como es fácil de comprender, no puede hacerse cuando los herederos son forzosos.

El inventario hecho por uno de los herederos cuando son varios, por la viuda, ó de oficio, debe aprovechar á cualquiera heredero, porque con él queda prevenido todo peligro de ocultacion ó sustraccion que pudiera hacerse en perjuicio de los acreedores.

Artículo 1148.—El heredero que quiera aprovechar este beneficio, deberá empezar el inventario dentro de treinta días, conta-

dos desde que supo su nombramiento, y deberá concluirlo á los tres meses de haberlo empezado. Si los bienes no estuvieren todos en un mismo lugar, puede utilizarse el término de un año ademas de los tres meses.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto á la primera parte con: Art. 795 Cód. Francia.—959 Italia.—1071 Holanda, que extiende el plazo á cuatro meses.—802, con adiciones, Bolivia.—El 802 Austria exige que el inventario se haga inmediatamente y con intervencion judicial.—Los Códigos de Friburgo y Lucerna varían los plazos y conceden intervencion al juez.—El 749 Tesino da un mes de plazo.—El 837 y 838 Valais exigen se haga el inventario de oficio.—El 2049 y 2050 Portugal concuerda en todo con el nuestro, áun cuando el plazo es de sesenta días para terminarlo.

JURISPRUDENCIA

El solo hecho de indicar que se recibe una herencia á beneficio de inventario, no puede aprovechar al heredero para excusarle de la obligacion de pagar las deudas de su causahabiente, cuando no verificó el inventario en tiempo oportuno (Sent. 26 Setiembre 1870).

COMENTARIO

Conforme á las prescripciones de la ley de Partida, los herederos deben empezar á hacer el inventario dentro de treinta días, *desque sopieren que son herederos del finado*, y débenlo acabar en el término de tres meses. Las palabras subrayadas, copiadas por Alfonso el Sabio del Derecho Romano, tienen por objeto fijar el modo cómo debe computarse el tiempo, sobre lo cual no todos los Códigos se expresan del mismo modo.

Dice algun autor que no se vicia ni anula ningun inventario porque no se empiece dentro de los treinta días, con tal que se concluya en el término de tres meses marcado por la ley. Es verdad que la falta de empezar más tárde el inventario no es tan grave que lleve en sí la nulidad del mismo; pero tratándose de bienes en los cuales es muy fácil la sustraccion, conviene, conforme al espíritu previsor de la ley, no descuidarse en inventariar aquéllos.

No olvidó el legislador el caso de imposibilidad material en que el heredero pudiera encontrarse para llevar á cabo esa operacion en el plazo marcado, cuando por las distancias largas, entre bienes situados en distintos pueblos fuera insuficiente dicho tiempo, y dispone que puede tomarse el plazo de un año cuando se reunan aquellas circunstancias.

En nada han sido modificadas las Partidas respecto á este punto por la ley de Enjuiciamiento civil, pues al disponer ésta, en su artículo 428, que á los interesados se señalará término bastante para que formen los inventarios, atendidas la situacion y calidad de los bienes ha dejado vigente el plazo marcado por el Código alfonsino.

Artículo 1149.—El inventario deberá hacerse judicialmente, en la forma que para esta clase de inventarios previene la ley de Enjuiciamento civil.

A la formacion del inventario deberán ser citados los herederos, el cónyuge sobreviviente y los legatarios, y no pudiendo ó no queriendo acudir alguno de ellos, tres testigos que conozcan á los herederos.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. VI, Partida 6.ª
Ley 100, tít. XVIII, Partida 3.ª
Arts. 429 y 430 Ley Enjuic. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerda en su segunda parte con la Novela 1.ª, cap. II, párr. 1.º—El 2048 Cód. Portugal impone al juez que intervenga en el inventario la obligacion de citar á los acreedores y legatarios. Véanse, sobre la primera parte del artículo, algunas de las concordancias citadas en el anterior.

JURISPRUDENCIA

Si á la formacion del inventario no concurrieron todos los herederos, deben intervenir en él los tres testigos de buena fama que exige la ley 5.ª, tít. VI, Partida 6.ª, pues de lo contrario dicho instrumento carece de los requisitos necesarios para su validez y eficacia (Sent. 28 Setiembre 1864).

COMENTARIO

E la manera como debe ser fecho el inventario es *esta: se debe escrebir por mano de algun escribano público, e deben ser llamados todos aquellos á quien mandó el testador alguna cosa en su testamento que estén presentes, cuando ficieren tal escrito.* Lo dispuesto en esta parte de la ley, es una de las razones que pueden alegarse para la formacion judicial del inventario, segun dejamos apuntado. Difícilmente podrían ser citados los herederos y demas personas que tuviesen interes en la herencia, si no se hiciera por alguno de los modos señalados en la ley de Enjuiciamiento civil que exige la intervencion judicial.

En la ley 10, tít. XXI, lib. X, Nov. Rec., se hallaba iniciada ya la doctrina referente á que el juez sólo debía intervenir en los inventarios judiciales cuando lo creyere preciso, ó cuando algun interesado lo pidiere, y hoy la ley de Enjuiciamiento civil, ha dispuesto que «para hacer los inventarios judicialmente, se dará comision al escribano, sin perjuício de que el juez pueda concurrir á su formacion en todo ó en parte, si lo considera necesario» (art. 429).

Decía la ley de Partida despues de prescribir que se citase á los que tuvieran interes en la herencia para formar el inventario: *si alguno de aquellos que han de aver las demandas fuese á otra parte, ó fuese en el lugar, é non quisiere venir, estónce débese facer tal escrito ante tres testigos que sean omes de buena fama, é atales que conozcan á los herederos.* Sobre el mismo punto dispone la ley de Enjuiciamiento civil, que «deberán ser citados para la formacion del inventario: 1.° Los herederos; 2.° El cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, ó su representacion legítima; 3.° Los legatarios de parte alícuota del caudal». Nada dice esta ley ni la anterior sobre los acreedores, y aunque puede decirse que les es poco necesaria su intervencion, porque se hallan facultados para reclamar en juicio las omisiones de bienes que hubiese habido en el inventario, y porque ningun perjuício puede irrogárseles, deduciéndose sus créditos del caudal inventariado ántes de hacerse la particion de la herencia, creemos, sin embargo, de acuerdo con la generalidad de los autores, que debían ser citados, porque como dice Gomez, los acreedores y legatarios tienen interes en que el inventario se haga con fidelidad y exactitud. El Proyecto de Código así lo ordena y áun nos atreveríamos á decir que la ley de Enjuiciamiento civil, si no en la letra, en su espíritu se halla contenida la misma doctrina, porque al decir en el art. 499 hablando de los trámites establecidos para el juício necesario de testamentaría, «que para los inventarios y evalúos se cite al acreedor ó acreedores que hayan promovido el juicio», no encontramos razon en contra de que sean igualmente citados para la formacion del inventario consiguiente al beneficio concedido por la ley.

Respecto á la última parte del artículo, han dudado los autores si bastarían dos testigos en lugar de los tres que se exige estén presentes cuando alguno de los herederos faltare. Goyena y Viso suponen que bastarían los dos, porque la de los tres testigos nunca se cumplió segun afirma el primero, ni hay razon para exceptuar en este caso la práctica general de que intervengan dos, segun expresa el segundo. Lo mismo dice Febrero conforme á la ley 1.ª, título XXIII, lib. X, de la Nov. Rec.; pero nosotros, poco amigos de interpretar las leyes de otro modo diferente que aquel en que se explican cuando en la claridad de sus disposiciones no dejan lugar á duda, á ellas nos atenemos, y por tanto, creemos necesaria la presencia de tres testigos en el caso de faltar alguno de los herederos, cuya doctrina ha sido igualmente confirmada por el Tribunal Supremo en la sentencia que dejamos citada.

Artículo 1150.—En el inventario se expresará el día mes y año en que se empieza y concluye, se describirán todos los bienes de la herencia, y firmará el heredero ó un testigo á su ruego.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. VI, Partida 6.ª

Ley 1.ª, tít. XXIII, lib. 10, Nov. Rec.

Arts. 430 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

CONCORDANCIAS

El art. 794 Cód. Francia prescribe la formacion del inventario exacto de los bienes de la herencia, en la forma que determinan las leyes de procedimientos, para que el beneficio concedido al heredero produzca sus efectos.

JURISPRUDENCIA

Siempre que resulte que se hallan en un in-

ventario descritos todos los fines que se suponen relictos por un testador, aunque en su formacion no se hayan arreglado á describirlos por el órden expresado en el art. 431 de la ley de Enjuiciamiento civil, no son nulos los inventarios, y por consiguiente, el aprobarlos una sentencia con esta falta de órden no es motivo de casacion (Sent. 4 Junio 1867).

Cuando no conste que en la casa mortuoria hubiese escrituras y papeles de importancia al formarse el inventario, no puede decirse que se haya infringido el art. 432 de la ley de Enjuiciamiento civil por no haberse puesto en él lo que no existía, mayormente si la sentencia reserva á los herederos el derecho de averiguar la existencia de ellos para que se añadan (Sentencia id. id. id.).

COMENTARIO

Tres requisitos exige el artículo presente para la formacion del inventario: 1.°, expresion de la fecha en que se empieza y termina; 2.°, descripcion de todos los bienes, y 3.°, firma del heredero ó de un testigo á su ruego.

De ningun modo puede probar mejor el heredero que formó el inventario dentro del término marcado por la ley, que expresando el día, mes y año de su comienzo y conclusion. La señal de la Cruz y la consabida frase de *en el nombre de Dios, etc.*, exigidas por el Código alfonsino como testimonio de religioso respeto, han caido en desuso y únicamente se exige hoy como condicion precisa la expresion de la fecha, requisito indispensable de toda escritura pública prescrito en la ley 1.ª, tít. XXIII, libro X, Novísima Recopilacion.

Es igualmente necesario, que en el inventario se describan con claridad todos los bienes de la herencia y no es difícil explicar la razon de este requisito, porque si el heredero ha de responder de las cargas hereditarias con los bienes del testador, mal podrá hacerlo sin conocer cuáles sean éstos. Ahora bien; si el inventario debe ser judicial, ¿será preciso que se ajuste en cuanto á la descripcion de bienes al órden marcado en la ley de Enjuiciamiento civil? No hay duda que esto será lo más conveniente, describiendo: 1.° el metálico; 2.°, alhajas; 3.°, efectos públicos; 4.°, semovientes; 5.°, frutos; 6.°, muebles; 7.°, raíces, y 8.°, derechos y acciones, segun el órden establecido en dicha ley; pero como las Partidas no lo exigen y en rigor no habría gran motivo para anular un inventario sólo por no haberse guardado aquel órden, si por otra parte se hallaban perfectamente descritos todos los bienes hereditarios, el Tribunal Supremo ha declarado que no son nulos los inventarios, aunque en su formacion no se hayan arreglado á describir los bienes por el órden marcado en el art. 431 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Sólo es preciso por tanto el expresar con claridad todos los bienes de la herencia señalando su calidad, linderos y demas circunstancias anejas á los mismos, las deudas y cargas á que estén afectos, las cosas litigiosas, las ajenas que tuviere el difunto por razon de comodato, depósito, prenda ú otro motivo, los frutos vencidos y pendientes en el día de la muerte del testador, los bienes alhajas y vestidos de la mujer, los que hubieran sido legados, y á este tenor todo cuanto por un motivo ú otro se hallare en la herencia que trata de aceptarse.

Por último, despues de todo esto deberá firmar el heredero. Las Partidas exigían que no pudiendo ó no sabiéndolo hacer firmase por él un escribano; pero esto ha caido en desuso y la práctica generalmente seguida es que lo haga un testigo á ruego del heredero. Nada decimos en cuanto á la firma del escribano, porque debiendo intervenir en la formacion del inventario segun prescribe la ley, de nada servirá dicho documento si por él no está autorizado.

Artículo 1151.—El heredero deberá hacer constar en el inventario que lo ha ejecutado bien y lealmente, protestando manifestar cualesquiera otros bienes de la herencia que se descubran. En caso de duda, pueden los legatarios exigir juramento al heredero y testigos que intervinieron en el inventario, de no haber mediado engaño en él ni ocultado bienes.

ORÍGENES

Leyes 5.ª y 6.ª, tít. VI, Partida 6.ª
Ley 100, tít. XVIII, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

La ley 6.ª, tít. VI de la Partida 6.ª, autoriza á los que se crean con derecho, á que puedan pedir que se adicionen los inventarios con bienes que se hayan dejado de poner (Sent. 26 Junio 1871).

La ley 6.ª, tít. VI, Partida 6.ª y doctrina de

jurisprudencia consignada por el Tribunal Supremo, de conformidad con aquella, «de que no pueden entrar en la herencia, ni renunciarla, los herederos nombrados en testamentos, sinó despues de estar ciertos de la muerte del testador», y art. 35 de la Ley Hipotecaria, referente á la prescripcion como medio de adquirir el dominio, son inaplicables al pleito cuyo punto único y objeto de debate ha sido la prescripcion de la accion de peticion y division de herencia (Sent. 31 Diciembre 1877).

COMENTARIO

En el fin del inventario *debe escribir el heredero de su mano que todos los bienes del testador son escritos lealmente, é que non fizo ningun engaño*, dice la ley 5.ª del tít. VI, Partida 6.ª, en consonancia con la 100 del tít. XVIII, Partida 3.ª Nada dicen una y otra sobre la necesidad de que el heredero preste juramento sobre dicho particular, y aunque parece conveniente que se aumente esta solemnidad, no se anulará el inventario por su falta.

No sucede lo mismo cuando los legatarios interesados en la herencia *dubdasen que non eran escritos en él todos los bienes del testador*; entónces pueden exigir juramento al heredero y testigos, únicamente para excluir la presuncion de que haberse ocultado bienes ó hecho engaño en cuanto á su descripcion.

Artículo 1152.—A pesar de lo establecido en el artículo 1141, los legatarios y acreedores no podrán reclamar al heredero el pago de sus obligaciones, durante el plazo concedido para la formacion del inventario.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 797 Cód. Francia.—714 Nápoles. —1045 Luisiana. —1018 Cerdeña.—1072 Holanda.—738 Vaud.—Ley 22, párr. 11, tít. XXX, lib. VI, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Cuando el acreedor de una herencia demanda á uno de los herederos por la parte de la deuda que se le designó en la liquidacion, y el demandado no la impugna respecto á su cuantía, por error ó equivocacion de cuenta, se entiende que uno y otro están conformes con ella, adquiriendo, por lo tanto, la importancia de una verdad legal (Sent. 25 Enero 1861).

La ley 7.ª, tít. VI, de la Partida 6.ª, que dispone que, miéntras dura el tiempo que otorga el derecho al heredero para hacer el inventario, no pueden moverle pleito para demandarle ninguna cosa aquellos á quienes se hubiese dejado algo en el testamento, y que el inventario tiene la fuerza de no obligar al heredero más que hasta donde alcancen los bienes del finado, no tiene aplicacion cuando no se demanda cosa dejada en testamento, ni se pide dentro del término que el derecho otorga para la formacion del inventario, y ademas no consta que se haya hecho éste, sin lo cual no puede reclamarse y ménos concederse su beneficio (Sent. 17 Mayo 1872).

COMENTARIO

La presente disposicion ha sido copiada del Derecho Romano, no sólo por nuestros Códigos, sinó por algunos otros modernos hoy vigentes. No puede ocultarse á nadie la justicia del precepto en ella contenido, porque como dice Goyena, «si el heredero no gozara de esta dilacion y favor, le sería tal vez imposible acabar el inventario, y quedaría privado del beneficio de la ley».

Aun cuando la ley 15 del título XIII, Partida 1.ª establece que pasados nueve días desde el entierro del finado, pueden ya sus acreedores solicitar el pago de las deudas, nada tiene que ver esta disposicion con la que comentamos, ni mucho ménos puede decirse que la modifique, porque dicho precepto legal no se refiere al caso en que haya de usarse del beneficio concedido mediante la formacion del inventario, por el cual, si el heredero sólo es responsable hasta donde alcancen los bienes hereditarios, miéntras no sepa cuáles son, no puede medir su responsabilidad, ni cumplir las obligaciones del difunto ni satisfacer las cargas que sobre ellos pesen.

Artículo 1153.—El beneficio que resulta de la formacion de inventario con arreglo á lo dispuesto en los artículos anteriores, produce el efecto de que el heredero no quede obligado sinó hasta donde alcancen los bienes hereditarios.

ORÍGENES

Leyes 5.ª y 7.ª, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 802 Cód. Francia.—968 Italia.—1078 Holanda.—1047 Luisiana.—810 Bolivia.—740 modificado Cód. Vaud.—951 Friburgo.—481 Tesino.—843 Valais.—1023 Cerdeña y 119 Nápoles.

Concuerda sustancialmente con: Art. 1019, 2059 y 2061 Cód. Portugal, y en todo con la ley 22, párr. 4.° y 5.°, tít. XXX, libro VI y párrafo 5.°

JURISPRUDENCIA

Sent. 27 Mayo 1867.

Sólo son aplicables los beneficios que establece la ley 7.ª, tít. VI, Partida 6.ª, á los herederos que han hecho el inventario con las debidas solemnidades (Sent. 28 Setiembre 1864).

Las obligaciones del heredero nacen con la aceptacion de la herencia, por medio de un hecho, ó expresamente con inventario de los bienes dejados por el testador ó sin él, quedando sólo obligado en el primer caso á pagar las deudas con los bienes del finado en cuanto éstos montaren, segun en palabras claras y terminantes se dispone en las siguientes de la ley 7.ª, tít. VI, Partida 6.ª «é otra fuerza há aún el inventario, qué despues que es acabado non es tenudo el heredero á responder á los que han de recibir las deudas en los bienes, nin á los que mandase el testador alguna cosa, sinon en cuanto montasen los bienes é la heredad» (Sent. 17 Junio 1872).

Si, segun el texto de las citadas leyes, las obligaciones así del heredero como del legatario, nacen de la parte de bienes que perciban de la herencia, y las deudas se han de pagar por éstos, es evidente que la accion que corresponde á los acreedores por deudas que haya dejado el testador es mixta en cuanto se dirige contra los herederos y legatarios en su caso, y han de pagarse aquéllas por los bienes de la herencia; por lo que no puede ménos de ser potestativo en el acreedor el entablar su accion ante el juez del domicilio del deudor ó ante el del lugar donde se hallen sitos los bienes de la herencia, de conformidad á lo que se dispone en el párrafo 4.° del art. 5.° de la ley de enjuiciamiento civil (Sent. id. id. id.).

No puede sostenerse que se contraríe la ley 7.ª, tít. VI, Partida 6.ª, cuando el fallo no confunde los bienes privativos y propios de los demandados con los procedentes de la herencia sobre que se reclama, ni hace extensivas á los primeros la obligacion y responsabilidad cuyo cumplimiento les ha sido reclamado en la demanda bajo el concepto de herederos. (Sent. 10 Abril 1874).

Artículo 1154.—Las deudas deberán pagarse ántes que las mandas.

Si habiendo sido satisfechas las mandas no quedaren bienes bastantes para cubrir las deudas, los acreedores deberán proceder contra los legatarios á fin de que restituyan á la herencia lo necesario para el cobro de sus derechos.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. VI, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Si el heredero pagase ántes las mandas que las deudas del finado, aquéllos á quienes debe el testador deben demandar para que paguen las deudas á los que recibieron las mandas, porque el heredero no ha debido pagar las mandas ántes que hubiere pagado las deudas; y en todo caso, ántes que la cuarta parte del heredero y ántes que las mandas sean pagadas, deben serlo las deudas con los bienes del difunto, como se establece tambien expresamente en la citada ley de Partida, en las palabras «que si el heredero, despues que haya hecho el inventario, pagase ántes las mandas que las debdas del testador, entónces aquellos que deben haber las debdas, débenlas demandar á los que recibieron las mandas, é ellos son tenudos de les tornar aquélla que recibieron é esto es porque él se debia guardar de hacer pagamiento de las mandas ántes que pagase las debdas, pues que sabía que non abandonaban los bienes para pagarlo todo» (Sent. 17 Junio 1872).

COMENTARIO

Lo que verdaderamente constituye el beneficio concedido por la ley mediante la formacion del inventario, es lo que se dispone en los dos últimos artículos. Despues de acabado aquél, no está obligado el heredero á responder á los que tuvieren créditos contra la herencia, ni á los

que hubieren de recibir mandas de la misma, sinó en cuanto alcanzaren los bienes inventariados.

Pero las Partidas establecen cierto órden en el pago de los créditos y legados que se halla perfectamente justificado, porque si la herencia no es cuantiosa, ó áun siéndolo no alcanza á cubrir todas las obligaciones del difunto, pueden surgir graves dificultades al hacerlas efectivas, sin atenerse á un órden que, anteriormente establecido, marque quiénes deben ser preferidos y quiénes excluídos, cuando por falta de bienes no puedan ser atendidos sus derechos, y por esto se dispone que *non es tenudo el heredero... de dar ó de pagar las mandas que fizo el facedor del testamento, fasta que sean pagadas todas las deudas...* No se contenta con esto la ley, pues previendo el caso en que pudieran haber sido satisfechos indistintamente los créditos y mandas, establece que si asi se hubiere hecho por el heredero, *de manera que non le finque mas de la cuarta parte de la heredad, los que deben aver las debdas, non pueden primeramente demandar al heredero; mas débenlas demandar á los que recibieron las mandas é son ellos tenudos de las tornar aquello que recibieron.*

Dice Escriche, que el heredero beneficiario puede pagar á los acreedores y legatarios á medida que se presentan; pero si los bienes hereditarios no fuesen suficientes para cubrir todas las deudas, no podrá pagarlas sinó por el órden y en la forma que disponga el juez con arreglo á derecho, á no ser que hicieren entre sí algun convenio los interesados.

Aun cuando en rigor no se opone esta doctrina á lo preceptuado en la ley, débese, sin embargo, guardar el órden en la misma establecido, sin que, á nuestro juicio, sea precisa la intervencion del juez, sinó cuando los acreedores reclaman contra los legatarios el derecho á favor de los primeros declarado.

Artículo 1155.—Mediante la formacion del inventario, se conservan á favor del heredero los créditos, acciones y derechos que éste tenga contra la herencia.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Párr. 2.°, art. 802 Cód. Francia.—Ley 22, párr. 9.°, tít. XXX, lib. VI. Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Aceptada la herencia á beneficio de inventario, no deben considerarse confundidos los bienes del testador con los del heredero (Sent. 10 Junio 1859).

Cuando se acepta la herencia á beneficio de inventario, sin subrogarse en lugar del testador ni contraer personalmente responsabilidad alguna, queda la herencia con los mismos derechos, obligaciones y representacion que tenía el testador (Sent. 10 Octubre 1859).

COMENTARIO

Otra de las ventajas que el beneficio de inventario reporta al heredero, es la de evitar la confusion de sus bienes propios con los de la herencia, pudiendo ejercitar contra la misma los derechos, créditos y acciones que tuviera contra el difunto, y en los cuales tiene la misma consideracion que cualquier otro acreedor.

Segun esto, no podrá promoverse ejecucion alguna contra sus bienes por las deudas de la herencia; quedará en lugar de los acreedores y legatarios á quienes haya pagado con su dinero; cobrará con ellos lo que del mismo modo le debiera el difunto, y puede en una palabra hacer uso de todos los derechos que contra él tuviere.

Artículo 1156.—No tiene obligacion el heredero de hacer constar en el inventario los gastos de funeral y entierro que hubiere hecho; pero si sobre ellos se promoviese pleito, deberá justificarlos por medio de testigos ó por su juramento.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. VI, Partida 6.ª

COMENTARIO

Dispónese en la ley de Partida que los gastos hechos por el heredero en el entierro del finado, ó los que hiciere de cualquier otro modo, no tiene obligacion de comprenderlos en el inventario; pero si se promoviera contienda sobre ellos, debe probar cómo fueron hechos, por medio de testigos presenciales ó por juramento. No ofrece dificultad esta doctrina; pero

debe entenderse sin perjuicio de lo preceptuado por la ley 30 de Toro que exige *se saquen* (dichos gastos) *con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.*

Artículo 1157.—El heredero que al hacer inventario, encubriera ó hurtara algunos bienes del testador, estará obligado, si se le prueba, á pagar el duplo de lo sustraído á los interesados en la herencia.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 22, párr. 10, tít. XXX, lib. VI, Código Romano.

El art. 801 Cód. Francia dice en el caso del artículo, que el heredero perderá sus derechos al beneficio de inventario, y lo mismo establece el art. 2053 Cód. Portugal.

JURISPRUDENCIA

La ley 9.ª, tít. VI, Partida 6.ª, que establece la pena del duplo contra el heredero que al hacer el inventario oculta ó hurta cosas de los bienes del testador, no contiene disposicion alguna que concierna á la eficacia del inventario (Sent. 28 Setiembre 1864).

No es aplicable la ley 9.ª del mismo título y Partida, que trata de la pena que merece el que oculta bienes en los inventarios, cuando no se ha probado, segun apreciacion de la Sala sentenciadora, que se haya ocultado ninguno (Sent. 26 Junio 1871).

COMENTARIO

Algunas dudas han suscitado los autores al explicar la disposicion del presente artículo copiado de la ley 9.ª, tít. VI, Partida 6.ª, á nuestro modo de ver bastante clara. Dicen algunos, siguiendo á Gregorio Lopez, que ademas de la pena impuesta por la ley, debe sufrir el heredero que oculta ó sustrae bienes, la pérdida de la cuarta Falcidia, porque aumentándose ésta contra los legatarios por aquella ocultacion, es justo que nada perciba de ellos correspondiente á la Falcidia.

Otros pretenden que por el hecho de la omision fraudulenta se declare nulo el inventario, y queda obligado el heredero á pagar la totalidad de las deudas y legados. ¿Puede aceptarse esta doctrina ó será siempre válido el inventario? Prescindiendo del espíritu de la ley, dice Escriche, aquélla es la pena más natural que puede imponerse al heredero que á sabiendas y de mala fe deja de manifestar algunos bienes de la herencia, pues que por este hecho, ha ejercido un acto de heredero puro y simple, y cita en su apoyo la ley 12 del mismo título y Partida, que obliga á responder de las cargas de la herencia sin poder renunciarla, al descendiente legítimo que no queriéndola aceptar por sus muchas deudas hurtare alguna cosa de ella.

Hay tambien quienes añaden, siguiendo la misma doctrina, que siendo el inventario la descripcion de los bienes de una herencia, deja de existir cuando por dolo ó fraude no se inscriben todos los bienes; lo mismo es no hacer una cosa que hacerla mal.

Ateniéndonos al espíritu y letra de la ley, tan clara en este caso que no da lugar á duda, no aceptamos las opiniones expuestas. Júzguese por los autores más ó ménos natural la pena de la nulidad del inventario, que en esto, prescindiendo del espíritu de la ley, como hace Escriche, cada cual es dueño de pensar lo que mejor le parezca; áun cuando nosotros suponel mos dicha pena ineficaz en las herencias pingües y desproporcionada en las reducidas, es lo cierto que la ley no la establece y sólo exige el duplo de lo que el heredero hubiera hurtado ó encubierto. Por otra parte, la prescripcion de la ley 12, tít. VI, Partida 6.ª, se refiere al caso de ser descendientes los herederos, en el cual considerados por presuncion como la misma persona del testador, es natural que se les obligue á responder de las deudas de su padre, en el mero hecho de haber querido sustraer parte de sus bienes; pero no puede decirse lo mismo cuando se trata de extraños, los cuales no teniendo ninguna relacion con el finado que los descendientes, bien castigados están con la pena del duplo impuesto por la ley. Ultimamente, así ha venido á expresarse el Tribuna Supremo, declarando que la ley de Partida objeto de este comentario, no contiene disposicion alguna que concierna á la eficacia del inventario.

Será preciso para que al heredero se le imponga la pena marcada en el artículo, que se le pruebe el dolo y ocultacion de bienes por los interesados en la exacta formacion de quel úl-

timo, únicos que pueden establecer el correspondiente juicio, acreditando que los bienes sustraídos existían en poder del difunto al tiempo de su muerte.

Los autores dan una porcion de reglas para cuando ofreciere duda la validez del inventario por impugnarlo ó desmentirlo los testigos; pero son tan falibles para que el juez se atenga á ellas, que no las reproducimos y sólo diremos que las circunstancias especiales en cada caso marcarán la regla de conducta que debe seguirse.

Por último, la ley de Partida señala para esta clase de juicios un año, dándoles atencion respecto á los civiles y criminales; pero es punto sobre el cual ha dejado de regir esta ley.

Artículo 1158.—No haciéndose el inventario en el plazo marcado en el artículo 1145, queda obligado el heredero al pago de las deudas y mandas, no solamente con los bienes de la herencia, sinó tambien con los suyos propios.

ORÍGENES

Ley 10, tít. VI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2051 Cód. Portugal.—1015 Cerdeña.—Ley 22, párr. 12, tít. XXX, libro VI, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Sent. 1.º Febrero 1861.
Sent. 13 Noviembre 1866.
Sent. 10 Enero 1873.

La aceptacion de la herencia sin beneficio de inventario lleva consigo la obligacion de pagar las cargas hereditarias aunque se repudie despues (Sent. 5 Noviembre 1858).

La viuda nombrada heredera por su marido, que acepta la herencia de éste sin reserva ni condicion alguna, queda por este hecho obligada á responder con todos sus bienes de las deudas que aquél hubiere contraído, y sin derecho por su parte para hacer reclamacion alguna por razon de dote ni por cualquier otro concepto (Sent. 19 Diciembre 1862).

Cuando la ley 10, tít. VI, Partida 6.ª, declara que, el heredero que no ha hecho inventario á su tiempo debe pagar las deudas del difunto, áun con los bienes que hubiere de otra parte, no se refiere al caso de que los herederos hubieren ocupado los bienes de la herencia, sinó al en que la hubieren aceptado (Sent. 28 Setiembre 1864).

El solo hecho de indicar que se recibe una herencia á beneficio de inventario, no puede aprovechar al heredero para excusarse de la obligacion de pagar las deudas de su causa-habiente, cuando no verificó el inventario en tiempo oportuno (Sent. 26 Setiembre 1870).

Si la Sala sentenciadora declara que no consta en autos que el demandado hubiese aceptado la herencia de su padre sin inventario, y no se alega contra esta declaracion ley ni doctrina legal que se suponga quebrantada, habiendo presentado aquél la escritura de inventario asegurando que lo empezó en el término legal y que lo concluyó en tiempo hábil, sin que contra estos hechos se haya dado prueba, el fallo que lo absuelve de la demanda contra él presentada para que pague todos los créditos existentes contra la testamentaría, no infringe la ley 10, tít. VI, Partida 6.ª, ni la doctrina, acorde con ella, del Tribunal Supremo, que impone al heredero que hubiese entrado en la herencia sin inventario, la obligacion de pagar las mandas y deudas del difunto hasta con sus propios bienes (Sent. 5 Diciembre 1872).

Tampoco infringe dicho fallo la ley 11 del título y Partida referidos, porque no habiéndose aceptado sin inventario la herencia del padre, ni de palabra, otorgándose tal heredero el demandado, ni de hecho, usando de los bienes como señor, limitándose á la custodia y conservacion de éstos para obtener la mitad reservable que le correspondía por la ley como sucesor inmediato reconocido de la vinculacion que poseyó su mencionado padre, no tiene la responsabilidad que es objeto de tal demanda (Sentencia id. id. id.).

Tampoco se contraria con dicho fallo la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, de que no es posible promover el juicio de testamentaría despues de aceptada la herencia, sin la declaracion hecha en tiempo oportuno de que se aceptaba con beneficio de inventario (Sent. id. id. id.).

COMENTARIO

Del mismo modo que nuestro artículo se expresó el Derecho Romano, de donde fué tomada por la Partida esta disposicion. Si justo y equi-

tativo es el conceder un plazo al heredero para que por medio del inventario de todos los bienes dejados por una persona no responda de las deudas y cargas de la misma con otros bienes que los hereditarios, no es ménos justo el atender al derecho de los acreedores y demas interesados en la aceptacion de la herencia, cuando despues de haber pasado el plazo marcado para la formacion del inventario, durante el cual no pudieron reclamar aquéllos sus derechos, deja el heredero de usar del beneficio concedido á su favor.

Nada se conseguiría con marcar tiempo fijo si el heredero podía impunemente quebrantarlo; por esto, ya que no hizo uso de él, es justo que se le considere responsable de todas las deudas y cargas de la herencia como si la hubiera aceptado pura y simplemente.

CAPÍTULO II

DE LA COLACION Y PARTICION

SECCION PRIMERA

DE LA COLACION

Artículo 1159.—Los descendientes legítimos están obligados á traer entre sí á colacion y particion de la herencia, los bienes que recibieron del difunto cuando éste vivía, para que, acumulándolo todo, puedan dividirse los bienes con la debida igualdad entre los herederos, y sin perjuício de sus legítimas.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XV, Partida 6.ª
Ley 3.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo.
Ley 14, tít. VI, lib. III, Fuero Real.
Ley 6.ª, tít. III, lib. V, Fuero Viejo.
Ley 5.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 1313 y 1314 Cód. Luisiana.—319, tít. II, parte 2.ª Prusia.—1001 tali a.—132 Friburgo.—227, 670 al 674 Bâle.—171 Valais.—847 Neufchatel.—Ley 2.ª, tít. VI, lib. XXXVII, Digesto.—El 843 Cód. frances, impone la obligacion de colacionar á todos los herederos sin distincion, y concuerdan con él los arts. 843 Bolivia.—1132 Holanda.—769 Vaud.—15, capítulo III, lib. I, Baviera.—762 Nápoles.—Los arts. 2098 y 2100 Portugal establecen la colacion para los herederos legítimos.—Las leyes inglesas la limitan á las cantidades anticipadas con motivo de matrimonio, ó por establecimiento en cualquier otra forma de las personas favorecidas. En la legislacion de los Estados-Unidos, únicamente en los Estados de Virginia, Kentuky, Alabama y Missouri, se conocen las colaciones; pero sólo con relacion á los hijos.

COMENTARIO

La colacion de bienes es una de las operaciones que deben practicarse para hacer la particion de los que comprende una herencia entre los herederos llamados á disfrutarla. Mediante aquélla, los descendientes legítimos deben manifestar, al hacer dicha particion, los bienes que hubieran recibido del caudal paterno ó materno en vida de los padres, para que, acumulándolo todo, pueda hacerse la division sin perjuício de las legítimas y con la debida igualdad entre los herederos.

No es difícil, despues de lo dicho, el hallar la causa por la cual fué introducida la colacion. Las crecidas donaciones hechas por los padres

durante su vida á alguno de sus hijos, podían ser en extremo perjudiciales para los demas, que verían muy reducidas sus legítimas si no hubiere consignado el legislador el medio de acumular todas aquellas donaciones y bienes, para formar un todo fácil de dividir sin perjudicar á ninguno de los llamados á la herencia.

Aunque la colacion se hace regularmente por imputacion, ó sea, contando el donatario por parte de su haber la misma cosa recibida, dícese que tambien puede hacerse por manifestacion y por liberacion, segun se presente la misma cosa recibida, ó medie promesa aún no cumplida.

Casi todos los Códigos patrioshan tratado esta materia con más ó ménos extension, y es notable verla tan generalizada como bien definida en algunos fueros municipales. El Fuero Juzgo, Fuero Real, Fuero Viejo, algunos municipales, entre los que se cuentan el de Cuenca y Zamora, forman la parte histórica de esta institucion, cuya parte doctrinal se halla en las Partidas tomadas del precedente romano, y en la Novísima Recopilacion.

Artículo 1160.—Sólo tiene lugar la colacion con arreglo al artículo anterior, cuando los descendientes concurren solos á la sucesion de sus ascendientes; pero no cuando los hijos concurren con extraños.

ORÍGENES

Ley 14, tít. VI, lib. III Fuero Real.
Ley 6.ª, tít. III, lib. V Fuero Viejo.
Ley 3.ª, tít. XV, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Véanse las del artículo anterior. El 2102 Código Portugal dispensa de la obligacion de colacionar á los ascendientes llamados á la sucesion del descendiente que les haya hecho alguna donacion.

COMENTARIO

Consecuencia de la definicion apuntada es lo dispuesto en este artículo. Sólo cuando concurran los hijos ó descendientes á la herencia es cuando puede tener lugar la colacion, porque introducida segun hemos dicho en favor de la legítima, únicamente los que tengan derecho á ella pueden pedir y á la vez exigírseles que colacionen lo recibido en vida de sus padres.

Así lo prescribe la ley de Partida en su último párrafo, añadiendo, que *si otro extraño fuese establescido con los descendientes por eredero, estónces las ganancias sobredichas, ó las donaciones, ó dotes que fuesen dadas á los hermanos, non las deben meter en particion con los extraños, nin las deben contar en su parte con ellos.*

Los autores dicen que no tiene tampoco lugar cuando heredan los ascendientes á los descendientes, porque se presume que al donar el padre al hijo, quiere guardar igualdad entre sus hermanos; pero no cabe la misma presuncion cuando el descendiente dona al ascendiente, porque segun el órden natural ha de faltar éste ántes que aquél, y no puede suponerse lo hiciera por razon de igualdad ó de legítima.

La terminante disposicion de la ley, exigiendo colacionar *tan solamente* cuando los hermanos heredan los bienes de su padre ó madre, así como otras leyes que sólo se refieren á los descendientes cuando tratan de colacion, dan á entender que tampoco se verifica ésta entre los colaterales.

Artículo 1161.—Son bienes colacionables: lo que hubiere ganado el hijo con el haber de su padre miéntras estuvo en su potestad, la dote, arras, donacion, propter nupcias, y otras donaciones recibidas del ascendiente á quien se hereda.

ORÍGENES

Ley 14, tít. VI, lib. III, Fuero Real.
Ley 6.ª, tít. III, lib. V, Fuero Viejo.
Ley 3.ª, tít. XV, Partida 6.ª
Ley 5.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (29 de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Leyes 4.ª y 17, título XX, lib. VI, Código Romano.

Los arts. 843 al 846 inclusive del Cód. frances, sujetan á colacion las donaciones estableciendo condiciones. Lo mismo hace el Código portugues en los artículos citados, distinguiendo en los siguientes varios casos.

JURISPRUDENCIA

Las donaciones que los padres hacen á los

hijos, siendo causales, se suponen anticipadas á cuenta de la legítima, siendo por lo mismo colacionables, primero en ésta, é imputable el sobrante, si le hubiere, en el tercio y despues en el quinto como mejora, segun lo indica la ley 29 de Toro en estas palabras: «Y para se decir la dicha dote inoficiosa se mire á lo que excede de la legítima y tercio y quinto de mejoría (Sent. 4 Abril 1865).

Cuando no se discute en el pleito sobre las cantidades que deben colacionarse en concepto de donacion *propter nupcias*, ni en otro alguno, no puede tenerse por infringida por carecer de aplicacion la ley 5.ª, tít. III, lib X de la Nov. Rec., ó sea la 29 de Toro (Sent. 29 Setiembre 1866.

Las leyes 28 y 29 de Toro tuvieron por objeto explicar y confirmar la 4.ª, tít. IV, Partida 4.ª, que prohibe las donaciones hechas á los hijos que tienen otros hermanos, por aquellas palabras «ca el fijo á quien lo diere, si hubiere otros hermanos tenudo sería, despues de la muerte de su padre, en adocirlo é meterlo ó recibirlo en su parte», y á este efecto dichas leyes de Toro establecieron se colacionase y trajese á particion con los demas hermanos dicha parte, segun que la donacion se hubiese hecho con causa ó sin ella, imputándose en legítima en el primer caso, y considerándola como mejora en el segundo, cuyas disposiciones ninguna aplicacion tienen respecto á personas extrañas (Sent. 10 Junio 1873).

No se infringen las leyes 10 y 11, tít. XI, Partida 4.ª y 5.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec., por no inventariar una donacion *propter nupcias*, porque si bien segun dichas leyes deben traerse á colacion en las testamentarías ó abintestatos las donaciones *propter nupcias* y otras aportaciones matrimoniales, esto deberá tener lugar en el periodo de particion y division (Sent. 19 Octubre 1878).

COMENTARIO

Examinado en el anterior artículo quiénes son los obligados á colacionar, corresponde estudiar en éste cuáles son los bienes sujetos á dicha obligacion.

Hasta que Justiniano simplificó el sistema de sucesiones existente en Roma, no fué limitada la colacion á los bienes profecticios del hijo, y esto fué lo que luégo las Partidas copiaron, comprendiendo en primer lugar sujetos á ella todas las cosas *que el fijo ganare en mercadería con el aver de su padre seyendo en su poder*.

Despues de estos bienes, compréndense como colacionables en el artículo, la dote, arras, donacion *propter nupcias* y otras donaciones recibidas del ascendiente á quien se hereda. Veamos lo que sobre este particular disponen la ley 3.ª, tít. XV, Partida 6.ª y 5.ª, tít. III, lib. X de la Nov. Rec. ó sea 29 de Toro, que, como las demas, no ha dejado de producir algunas dudas áun cuando éstas han nacido de haberla comparado con otras leyes aparentemente contradictorias.

Que los hijos deben colacionar la dote y donacion *propter nupcias*, no cabe duda, porque la ley así terminantemente lo dice. No se lograría el fin de la colacion si de otra manera se hubiera expresado aquélla, porque dichos bienes se constituyen como anticipo de legítima, razon por la cual áun cuando algunos hayan supuesto que el Derecho Romano al hablar de donacion *propter nupcias* se refería á la constituída por el marido á favor de la mujer, siempre se imputa en parte de legítima, y por consiguiente debe colacionarse como la dote.

Ahora bien, ¿qué quiere decir la ley de Toro con la frase *é las otras donaciones que ovieren recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar?* ¿A qué clase de donaciones se refiere? Dice Gomez: «La ley 29 de Toro que expresamente dice, que la dote, donacion *propter nupcias* y otras donaciones sean llevadas á colacion, debe entenderse en cuanto á semejantes donaciones, de las que se hacen por causa, no de las simples» (1). Del mismo modo se expresan Matienzo y Tello, y no puede ser de otro modo, porque siendo las simples, producto de la mera liberalidad del donante, parecen hechas con intencion de que las retenga siempre para sí el donatario. Del mismo modo se expresa la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo.

Hé aquí, pues, por qué todas aquellas donaciones en las cuales haya como cierta necesidad al hacerlas, son colacionables y entre ellas deben ser comprendidas por la misma razon las esponsalicias, regalos y gastos de boda, áun cuando Gomez duda que deban colacionarse los últimos.

Artículo 1162.—No está obligado á colacionar el descendiente la dote y donaciones

(1) Com., núm. 20 al fin.

recibidas, cuando el padre, al entregarlas ó en el testamento, lo prohibió, y cuando aquél renuncia á la herencia, á no ser que dicha dote y donaciones sean inoficiosas, en cuyo caso deberá colacionarse aquella parte en que lo sean.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. XV, Partida 6.ª
Ley 5.ª, tít. III, lib. X, Nov. Rec. (29 de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2099 Cód. Portugal y en parte con el final del art. 843 Francia.—762 Nápoles.—1132 Holanda.—1067 Cerdeña.—1309 Luisiana.—769 Vaud.—Ley 1.ª, tít. XX, lib. VI, Código Romano; Novela 18, cap. VI, ley última del Digesto.

COMENTARIO

Dos casos señalan las leyes apuntadas, en las cuales se halla exento el descendiente de colacionar la dote y donaciones recibidas: 1.º, cuando el padre así lo expresó al entregarlas ó en el testamento; 2.º, cuando el hijo renuncia la herencia.

Examinándolos separadamente diremos, en cuanto al primero, que la ley no pudo ménos de reconocer en el ascendiente la facultad de distinguir á un hijo entre los demas, dispensándole, en el acto postrero y más solemne, de la obligacion de colacionar su parte. Los intérpretes han suscitado algunas cuestiones relativas á esta dispensa; pero todas se cortan, exigiendo, segun preceptúa la ley, que se haga de un modo expreso, con lo cual no puede haber lugar á duda.

Por el segundo caso marcado en el artículo, quedan igualmente exceptuados de colacionar la dote y donaciones recibidas los descendientes que renunciaren la herencia; pero como esta renuncia pudiera ser beneficiosa para ellos, por exceder lo recibido de lo que les correspondiera por legítima, y redundar, por tanto, en perjuicio de lo perteneciente á los demas hermanos, la ley en tanto considera exceptuadas de colacionar la dote y donaciones en cuanto no sean inoficiosas. Veamos, pues, cuándo tienen este carácter.

Derogada la ley 29 de Toro, que consideraba inoficiosa la dote cuando excedía de la legítima, tercio y quinto de mejora, por la Pragmática de 1534, que prohibió dar por dote y por mejora á la hija el tercio ni quinto de los bienes por ninguna especie de contrato entre vivos, la dote solamente puede aplicarse á la legítima, y nunca al tercio ni al quinto, de suerte, que en excediendo de la primera será considerada como inoficiosa. Ha quedado, sin embargo, vigente la 29 ley de Toro en cuanto á la eleccion de tiempo para calificar de inoficiosa la dote; de modo que si por un lado tienen las hijas la desventaja de serles sólo aplicable á la legítima, por otro gozan de la ventaja de poder elegir entre el tiempo de la constitucion de la dote y el de la muerte de quien la dió, para juzgar por el valor que en uno ú otro tuvieran los bienes, si era inoficiosa ó no.

En cuanto á las donaciones no rige la misma doctrina, porque si exceden de la legítima correspondiente al hijo que las colaciona, todavía puede imputársele el exceso en el tercio y quinto de mejora, suponiéndose que el padre tuvo intencion de mejorarle en esta parte, y por tanto, únicamente cuando exceden de la legítima, tercio y quinto, será cuando por inoficiosa deba restituirse el sobrante á los demas herederos para que lo partan entre sí. Esto que decimos respecto á las donaciones causales, debe entenderse lo mismo en cuanto á las simples; pero con la diferencia de que en ellas se imputarán primero el tercio, luégo el quinto y despues á la legítima, así como las causales se imputan primeramente en ésta y luégo al tercio y quinto.

De lo que llevamos dicho se deduce, que si el descendiente renuncia la herencia, no está obligado á colacionar la dote y donaciones recibidas sinó en lo que excedan de la legítima la primera, y de la misma, tercio y quinto de mejora las segundas, en cuyo caso son inoficiosas.

Las palabras *puesto que sea durante el matrimonio*, colocadas en la ley despues de exigir á las hijas la restitucion de aquello en que sean sus dotes inoficiosas, para que lo partan los herederos entre sí, ha dado lugar á dudas y á que algun autor creyese al marido exceptuado de restituir aquel exceso, cuando la dote hubiere sido constituída durante el matrimonio; pero sin que nos detengamos á examinar las razones alegadas en apoyo de esta doctrina, diremos con Gomez, que la parte inoficiosa de la dote ha de restituirse á los otros hijos áun du-

rante el matrimonio: 1.°, por haber declarado la ley que el descendiente que renuncie la herencia del ascendiente, está obligado á restituir lo que hubiere recibido de más, ó sea en perjuicio de la legítima de sus hermanos; y 2.°, porque de la misma manera que, segun la ley única del Código de *inof. dotibus*, la donacion pura se revoca cuando es inoficiosa en fraude de los acreedores, así tambien se revoca la dote, en oposicion á los que sostienen que, conforme al derecho comun, si el padre dotó á la hija en fraude de los acreedores, no pueden éstos revocar la dote ó donacion durante el matrimonio si el marido no participó del fraude.

Respecto al tiempo en que debe apreciarse el valor de los bienes colacionables, así como si deben acumularse con las mejoras ó pérdidas que hubieran tenido, diremos que si éstos fueron producto del tiempo y no de la industria del hombre, tratándose de fincas raíces no apreciadas al tiempo de su entrega ó con aprecio que no cause venta, serán colacionadas por el valor que entónces tengan; pues si fueron estimadas surtiendo efectos de venta, deberán colacionarse por el que tenían cuando se entregaron, no habiendo pacto en contrario. Cuando los bienes raíces hubieren recibido aumento por industria del hombre, se colacionará sólo la estimacion cuando aquéllos fueron apreciados, y únicamente los mismos bienes cuando no lo fueron. Tratándose de bienes muebles y semovientes, se colacionarán por el valor que les fué dado al tiempo de su entrega, ó por el que en la actualidad tengan si no fueron estimados, porque habiéndose traspasado su dominio en el primer caso, es de cuenta del adquirente su aumento ó deterioro, así como se presumen del difunto en el segundo caso, y por tanto existentes en su herencia.

Cuando por culpa ó dolo del que recibió los bienes se destruyeron éstos al colacionarlos, deberá atenderse al valor que tenían cuando se entregaron; pero si la pérdida fué por caso fortuito, como cada uno es sólo responsable de sus actos, no deberán colacionarse. El Proyecto de Código, despues de declarar que «no han de traerse á colacion y particion las mismas cosas donadas ó dadas en dotes, sinó el valor que tenían al tiempo de la donacion ó dote, aunque no se hubiere hecho entónces su justiprecio», se separa de nuestro modo de pensar, en cuanto al caso de destruccion de las cosas, por más que, como dice el mismo Goyena, es la opinion comun y tal vez la mas conforme al derecho constituído, y dispone que «el aumento ó deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual ó culpable, será á cargo del donatario». Como ya hemos dicho, nos parece mas equitativa la doctrina contraria.

Artículo 1163.—No son colacionables los bienes del peculio castrense, cuasi-castrense y adventicio del hijo, ni los gastos invertidos en su carrera y en armarle caballero.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. XV, Partida 6.ª
Ley 3.ª, tít. IV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Ley 1.ª, párr. 15, tít. VI, lib. XXXVII, Digesto.—Ley última, título XX, lib. VI, Código Romano.

Lo mismo establece el art. 852 Cód. Francia en cuanto á las cantidades empleadas en alimentos y educacion, aprendizaje, gastos ordinarios de equipo, regalos de uso y los de bodas, siguiéndole los arts. 850 Cód. Neufchatel.—880 Valais.—1047 Friburgo.—774 Vaud.—859 Bolivia.—1009 Italia. El art. 2104 Cód. Portugal, sujeta á colacion todo gasto que el finado hubiera hecho en favor de sus hijos con motivo de dote, estudios mayores, servicio militar, etc.

JURISPRUDENCIA

Los gastos hechos con el hijo en los estudios y compra de libros no son colacionables, segun lo terminantemente ordenado en la ley 3.ª, título IV, Partida 5.ª, y en la 5.ª, tít. XV, Partida 6.ª (Sent. 10 Febrero 1866).

La sentencia que falla en sentido contrario, infringe dichas leyes (Sentencia id. id. id.).

COMENTARIO

Los bienes castrenses y cuasi-castrenses, por ser debidos al mérito de los hijos, los adventicios por análoga razon y los gastos invertidos por los padres en dar carrera y armar caballero al hijo, se hallan exceptuados por la ley de la obligacion de colacionarlos.

Pero ¿cuáles son las razones que justifican la exencion establecida á favor de los gastos de carrera y estudios? En primer lugar, la de que éstos se consideran como alimentos, y por tanto, se deben por necesidad; en segundo, que á la muerte del padre resultan consumidos y ya

no existen para poder colacionarse; y en tercero, porque en rigor viene á ser como del peculio cuasi-castrense todo lo que se da por razon de estudios.

Ahora bien, dispone la ley 5.ª, tít. XV, Partida 6.ª, *que los libros é las despensas que el padre diese á alguno de sus fijos, para aprender alguna sciencia en Escuelas, non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, y la 3.ª, tít. IV, Partida 5.ª, dice: *Fueras si el padre ficiese á su hijo aprender alguna ciencia, o le diese libros en que la aprendiere, la tal donadie... non seria tenudo de aducirlo a particion entre los otros hermanos*, ¿podrán, pues, aplicarse estas dos disposiciones á toda clase de libros, ó sólo á los absolutamente necesarios para la carrera? Este modo de expresarse ambas leyes, ha sido causa de que los autores se hayan explicado con variedad sobre este punto, haciendo distinciones entre libros de precision absoluta para los estudios, y ménos precisos, con otras varias que no exponemos por tener poca aplicacion y fundamento, limitándonos á consignar, siguiendo á Gomez, que la donacion por causa de estudio ha de entenderse favorablemente, y no debe distinguirse entre libros más ó ménos precisos, á no haber dispuesto terminantemente otra cosa el padre ó madre.

Lo mismo decimos de los demas gastos invertidos en la carrera del hijo, sobre los cuales han opinado algunos autores que debian colacionarse cuando fueran desaprovechados: lo preceptuado por la ley es que no se colacionen, y ya hemos dicho anteriormente las razones de esta exencion.

Ahora bien, si de un modo ú otro se demostrase que el padre los hizo á costa de la legítima del hijo, tendria éste que colacionarlos, cuando ménos en lo que excediera de la parte correspondiente por alimentos.

Quedan por la ley equiparados á estos gastos los que el padre haga para armar al hijo caballero, porque como dice la ley, no se hacen *por pro de si mismos, mas aún por pro comunal de la gente, e de la tierra en que viven*; pero no deben contarse entre ellos, segun Febrero, los invertidos por el padre en condecorar al hijo con el hábito de alguna de las cuatro órdenes militares.

Artículo 1164.—Tampoco debe traerse á colacion lo que el padre reciba de un extraño por razon de casamiento del hijo, ni las deudas contraídas por mandado del padre ó en su utilidad, que deberán ser pagadas del haber comun; pero sí deberán colacionarse los frutos percibidos de la herencia, deduciendo los gastos.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XV, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Leyes 20, párr. 1.º; 44, párr. 3.º, tít. II, lib. X, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Al mandar que se practique liquidacion de frutos y obligar á los interesados á traer á colacion los percibidos, no se infringe la ley 6.ª, tít. XV, Partida 6.ª; ántes al contrario, se cumple lo dispuesto en ella sobre que el heredero que hubiese recibido frutos debe traerlos á particion entre los demas coherederos (Sent. 28 Mayo 1877).

COMENTARIO

Que lo entregado por un extraño al padre por razon del casamiento del hijo no debe colacionarse, no admite duda alguna, porque en nada influye lo recibido de ese modo en el aumento ó disminucion de la legítima de los demas hermanos, y lo que decimos de esto es aplicable á las deudas que por mandado del padre contrajere el hijo, porque se le haría de peor condicion que á los demas hermanos obligándole á colacionarlas, y deben, por tanto, ser pagadas del haber de la herencia.

En cuanto á los frutos, deben distinguirse tres clases: 1.ª, los que proceden de la herencia; 2.ª, los de las cosas sujetas á colacion, percibidas ántes de la muerte del padre; y 3.ª, los que hubieren sido adquiridos despues.

Los primeros deben traerse á colacion, porque forman parte del caudal partible, y no es justo se enriquezca un hijo con perjuicio de sus hermanos.

Los segundos no son colacionables, pues el donatario los adquirió hasta la muerte del padre de buena fe, y por tanto, los hizo suyos; pero si éste durante su vida revocara el exceso de la dote de la hija haciéndosele saber, ó el hijo fuera interpelado por exceder la donacion que le fué entregada de su legítima y mejora,

deberán restituir los frutos de la parte excedente en una y otra desde el momento en que tuvo noticia de la revocacion la primera y en que fué interpelado el segundo, porque desde entónces se consideran como poseedores de mala fe.

Los terceros son colacionables, porque desde la muerte del padre, tiempo en que empieza la necesidad de la colacion, aumentan el haber; pero debe distinguirse entre la dote de la hija y la donacion del hijo. Resultando inoficiosa la primera, solamente deberán colacionarse los frutos de la parte que excediera á la legítima, y en cuanto á la segunda quedarán sujetos á dicha obligacion los de la parte excedente á la legítima y mejora del hijo, los cuales serán suyos, así ántes como despues de la muerte del padre, si no hubiere dicho exceso, porque en este caso era poseedor legítimo de lo que el último pudo darle con arreglo á la ley.

SECCION SEGUNDA

DE LA PARTICION

Artículo 1165.—Particion, es la distribucion del caudal líquido de un difunto en el modo y forma que dejó éste ordenado en su testamento, si lo hubiere otorgado, ó en su defecto, con arreglo á lo que prescriben las leyes.

Pueden hacerse la particion judicial y extrajudicialmente.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XVI, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 5.ª, tít. XXXVII, libro III, Código Romamo, y 14, párr. 2.ª, título III, lib. X, Digesto.

El art. 815 del Cód. Frances prescribe que nadie puede ser obligado á permanecer en el estado de indivision de bienes, y siempre puede pedirse la particion á pesar de los pactos y prohibiciones que hubiere en contrario; y siguen á este Código los arts. 1112 Cód. Holanda.—984 Italia.—1215 Luisiana.—837, 838 y 839 Bolivia.—752 Vaud.—1028, con adiciones, Friburgo.—198, ley especial, Saint-Gall.—496 Tesino.—850, con adiciones, Valais.—829 Neufchatel. El mismo principio contienen las leyes inglesas y las de los Estados-Unidos.

JURISPRUDENCIA

No puede dirigirse demanda alguna contra los herederos cuando no resulte terminada la testamentaría; la cual, en rigor de derecho, es la que puede ser demandada (Sent. 28 Diciembre 1853).

Las diligencias de inventario, cuenta y particion de bienes, constituyen el título de pertenencia de los respectivos herederos, y por lo tanto deben protocolizarse (Sent. 29 Setiembre 1858 y 4 Julio 1877).

La negligencia y descuido para la formacion de inventario, cuenta y particion, legitima los pagos hechos del caudal hereditario ántes de formalizarla (Sent. 22 Setiembre 1859).

Sometido un heredero al juzgado, á quien pidieron sus coherederos la prevencion de la testamentaría, y consintiendo y aprovechando sus providencias, no puede reclamar contra la competencia de este juez, aunque anteriormente á la sumision hubiera incoado diligencias de prevencion de la testamentaría en otro juzgado (Sent. 20 de Mayo 1860).

Por la ley de Enjuiciamiento civil han sido modificadas esencialmente las leyes de Partida relativas á las particiones de herencia. (Sent. 15 Diciembre 1860).

Toda particion en que por error manifiesto y evidente se cause perjuicio ó agravio, debe subsanarse y repararse para que cada interesado perciba lo que legítimamente le corresponda (Sent. 12 Junio 1862).

Es inoportuna la invocacion de las leyes 1.ª y 3.ª del tít. I, lib. X de la Nov. Rec., relativas al cumplimiento de las obligaciones y contratos en el modo que se hiciesen en un pleito que versa sólo sobre la aprobacion de la particion de una herencia (Sent. id. id. id.).

Confesándose en una escritura, cuya validez

no es legal y oportunamente impugnada, haber recibido lo que á uno corresponde por su herencia paterna, con renuncia de todo derecho que pudiera corresponderle á la misma, y con promesa de no pedir jamas cosa de ella, queda privado el otorgante de proponer despues accion alguna en reclamacion de alguna parte de dicha herencia (Sent. 20 Febrero 1864).

El error material cometido por los partidores en la particion, no es bastante para alterar el derecho de alguno de los que lo tuvieran á la herencia (Sent. 27 Junio 1867).

Interin no se realiza la division y adjudicacion de una herencia, no se adquiere por los partícipes verdadero dominio sobre los bienes de la misma, y, por consiguiente, no teniendo aquéllos dicho derecho, no pueden trasmitirlo á un tercero (Sent. 9 Enero 1866 y 17 Diciembre 1873).

En las herencias indivisas, la tenencia de un coheredero no tiene otro carácter que el de una posesion á nombre de todos, sin que pueda nunca utilizarse contra ellos (Sent. 18 Noviembre 1865).

Cuando se manifiesta claramente la aprobacion á las operaciones practicadas para la division y adjudicacion de una herencia, quedan subsanados todos los defectos que contra las mismas se hubieren alegado, áun cuando pudieran afectar á su validez (Sent. 6 Mayo 1865, 26 Setiembre 1867 y 10 Febrero 1872).

El heredero que acepte á beneficio de inventario una herencia cuya testamentaría está concursada, ínterin éste no termine y éntre en posesion de los bienes que quedasen, carece por sí solo de aptitud legal para contestar á cualquier demanda que se presente contra la testamentaría (Sent. 22 Junio 1869).

Dueños por títulos legítimos los compradores de los bienes vendidos con anterioridad al juicio de abintestato promovido por el marido de dicha heredera, no pueden comprenderse válidamente en el inventario los expresados bienes; por lo que al mandar la sentencia que se excluyan y se dejen á disposicion de los compradores, no se infringe la ley 27, tít. II de la Partida 3.ª, que expresa la diferencia entre el dominio ó propiedad y la posesion ó tenencia, ni la doctrina del Tribunal Supremo sobre que, ínterin no se realice la division y adquisicion de una herencia, no se adquiere verdadero dominio por los partícipes en ella, y que sin expreso mandato del juez, no hay facultad en ninguno de los interesados para disponer de los bienes de la testamentaría, porque son inaplicables á un pleito en que se pide el cumplimiento de contratos celebrados entre personas hábiles, sin que se alegue vicio alguno que pudiera invalidarlos (Sent. 6 Diciembre 1871).

Si bien la ley 2.ª, tít. XV, Partida 6.ª, autoriza á los herederos para pedir la division de los bienes, cuando sólo restan por liquidar los gananciales que hubieran podido corresponder á la testadora en su matrimonio, y obste para ello á sus herederos la renuncia de ellos que otorgó formalmente su causante, miéntras no se declare la nulidad ó ineficacia de dicha renuncia por los medios legales, no pueden pedir útilmente la prevencion de la testamentaría. Por consiguiente, la sentencia que en este caso declara improcedente, nulo y de ningun valor tal juicio, no infringe el art. 68 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni la dicha 2.ª, tít. XV, Partida 6.ª (Sent. 15 Abril 1871).

La doctrina de que miéntras no se realiza la liquidacion y adjudicacion de una herencia no se adquiere verdadero dominio, no puede considerarse infringida cuando es inaplicable al caso; y ademas no puede tomarse en consideracion si es contraproducente al interes del mismo recurrente (Sent. 29 Enero 1874).

La sentencia no infringe las leyes que se refieren á la forma de partir la herencia, si el objeto del pleito no ha sido el de un juicio de particion de herencia, sinó la reclamacion por un partícipe de la porcion que le corresponde en lo que otro ha percibido en virtud del derecho que todos tenían (Sent. 8 Noviembre 1877)

No puede ser apreciado para los efectos de un recurso el fundamento que invoca la doctrina de jurisprudencia referente á que «ínterin se realiza la division y adjudicacion de bienes, no se adquiere por los partícipes verdadero dominio sobre ellos, y á que la ocupacion de bienes hereditarios por un heredero no tiene otro carácter que el de una mera posesion á nombre de todos, si se invoca en el falso supuesto de no haberse hecho la division y adjudicacion de los bienes que formaban el caudal de herencia de la difunta madre de los litigantes (Sent. 2 Junio 1877).

COMENTARIO

Todo lo que hemos dicho sería estéril sin las particiones, es decir, sin ese cúmulo de operaciones necesarias para que cada uno de los llamados al caudal hereditario haga suyo lo que le corresponde.

De seguir poseyendo todos en comun ese caudal, del que solamente disfrutaba la persona que murió, bien se comprenden los perjuicios que se originarían; por un lado se suscitaría en cada uno el deseo de poseer sólo los bienes; por otro lado se resentiría su produccion siendo muchos sus dueños; habría grandes dificultades para la trasmision, y si á esto se agrega el semillero de pleitos y cuestiones que siempre existiría entre las llamadas á disfrutar la herencia, se comprenderá por qué la Partida como el Derecho Romano, y como casi todos los Códigos, reconociendo los inconvenientes de la indecision, han adoptado los medios necesarios para que cada uno lleve lo suyo: hé aquí la razon de las particiones.

Dícese en el artículo que deberían hacerse en el modo y forma que dejó ordenado el testador en su testamento, si lo hubiera otorgado, ó en su defecto con arreglo á lo que prescriben las leyes, y de aquí nace la division consignada en las mismas de particion judicial y extrajudicial, segun intervengan ó no en ella la autoridad judicial; y una vez dicho esto, advertiremos que, si bien en los tres artículos sucesivos daremos una ligerísima idea de los juicios de abintestato y testamentaría para completar más la materia, fuera de esto nos circunscribiremos á tratar solamente de la *particion* segun se halla comprendida en los Códigos civiles, objeto más de nuestra competencia.

Artículo 1166.—La particion judicial ó juício de testamentaría, puede ser voluntario ó necesario.

Es voluntario, cuando lo promueve parte legítima ó lo son para promoverlo:

Primero. Los herederos ó cualquiera de ellos.

Segundo. El cónyuge que sobreviva.

Tercero. Los legatarios de parte alícuota del caudal, y cualquiera de ellos.

ORÍGENES

Arts. 404, 405 y 406 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Sent. 4 Noviembre y 6 Junio 1867.
Sent. 15 Junio 1875.
Sent. 3 Noviembre 1876.
Sent. 4 Octubre 1876.
Sent. 29 Setiembre 1877.

Todo aquello que es mero incidente de una testamentaría debe sustanciarse en el juzgado que conoce de la misma (Sents. 3 Abril 1857, 22 Junio 1858, 21 Agosto 1873 y 17 Junio 1874).

El juez del domicilio del difunto es el competente para conocer del juicio de testamentaría, sin perjuicio de la sumision de los interesados á otro juez ordinario (Sents. 18 Noviembre 1858, 29 Setiembre 1860, 9 Noviembre 1860, 11 Abril 1859, 7 Setiembre 1863, 2 Agosto 1866, 10 Mayo 1867, 24 Enero y 6 Junio 1868, 4 Octubre 1869, 21 Agosto 1873 y 17 Junio 1874).

El domicilio del difunto, y no el de los herederos, produce fuero competente para conocer del juicio de testamentaría (Sent. 23 Noviembre 1858).

La sumision de los interesados en el juicio de testamentaría á otro juez que no sea el del domicilio del difunto, produce jurisdiccion competente en favor de aquél para conocer de los incidentes que se promuevan (Sent. id. id. id.).

Cuando por fallecimiento de uno de los cónyuges no se promueve la testamentaría, y siguen los bienes pro-indiviso, y se previene el juicio despues de la muerte del cónyuge sobreviviente, debe conocer de las dos testamentarías el juez del domicilio del que últimamente ha fallecido, porque la division y adjudicacion de los bienes en este caso, es una operacion complexa que no sería fácil practicar dividiendo la continencia de ambas testamentarías (Sent. 23 Noviembre 1860).

Terminado legalmente un expediente de testamentaría en un juzgado militar, no debe el de primera instancia abrir uno nuevo sobre el mismo (Sent. 1.º Febrero 1861).

No puede corresponder al juício voluntario de testamentaría, aquel en que hay interesados menores (Sent. 13 Marzo 1861).

Muriendo el presunto heredero ántes que el testador, ó no aceptando la herencia, aunque la designacion de heredero haya de verificarse segun las leyes que arreglan las sucesiones intestadas, el juicio que debe incoarse, existiendo testamento, no puede ser el de abintestato, sinó el de testamentaría (Sent. 8 Junio 1861).

En el caso de ejercitarse la accion de division de herencia únicamente contra el coheredero que se apoderó de los bienes hereditarios, no es esencial para la validez de la sustanciacion del juício, el emplazamiento de los demas interesados en la misma herencia, contra quienes no se dirigió la demanda, toda vez que de semejante omision no puede resultar á éstos inde-

fension ni perjuicio (Sent. 9 Noviembre 1861).

Siendo el cónyuge superviviente y el legatario de parte alícuota partes legítimas para promover el juício voluntario de testamentaría, lo son tambien para deducir las solicitudes concernientes á la intervencion y administracion del caudal (Sent. 5 Noviembre 1862).

Aceptada sin el beneficio de inventario la herencia de una persona, no es posible despues promover juício de testamentaría sobre la misma herencia (Sent. 1.º Marzo 1862).

Una testamentaría deja de existir para el pago de las deudas, desde el momento en que los bienes que la constituyen entran en poder de los herederos, en virtud de la division y adjudicacion praticadas sin haberse hecho baja por aquéllas (Sent. 25 Enero 1862).

En este caso, la obligacion de solventar las deudas se convierte de colectiva en individual, como si se hubiera pactado expresamente, sin que los actos del contador-partidor, ni de los interesados en la herencia, puedan afectar á los derechos de terceras personas contra ella (Sentencia id. id. id.).

No son acumulables al juício universal de testamentaría concursada, los pleitos anteriores que haya tenido el concursado y que se hayan terminado por sentencia ejecutoria (Sent. 20 Octubre 1862).

Es cuestion resuelta y decidida ya por el Tribunal Supremo, en conformidad con lo que disponen los arts. 406 y 502 de la ley de Enjuiciamiento civil, «que el cónyuge sobreviviente y el legatario de parte alícuota pueden promover la testamentaría, gestionar en ella, y pedir cuanto crean conducente para la mejor administracion de los bienes, como cualquiera de los herederos» (Sent. 27 Junio 1863).

El juício voluntario de testamentaría debe fundarse en la presentacion del testamento del finado, segun se dispone en el art. 414 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 8 Abril 1865).

La providencia denegatoria de la predencion del juício voluntario de testamentaría, pero con reserva á los interesados de los derechos que puedan asistirles para que los ejerciten dónde y como corresponda, no es definitiva, y por tanto, no es susceptible del recurso de casacion (Sentencia 10 Junio 1865 y 19 Octubre 1861).

En el lugar donde se realice una testamentaría es donde deben ejecutarse las obligaciones que sobre la misma radiquen (Sent. 16 Enero 1866).

Sólo son parte legítima para promover un juício voluntario de testamentaría, entre los demas que expresa el art. 406 de la ley de Enjuiciamiento civil, los herederos, pero no el que se crea con derecho á serlo (Sent. 20 Enero 1866).

Cuando una persona fallece en reino extranjero y no hay dato alguno que acredite que se domiciliase en el mismo, ni ménos que fijare en él su residencia con intencion de perder ó abandonar su domicilio en España, debe presumirse que su domicilio legal continuó en el lugar en que quedó establecida su familia, pues sin una prueba en contrario no puede atribuirse á la ausencia del jefe de la misma otro carácter que el de accidental ó interino (Sent. 2 Agosto 1866).

El juício de testamentaría, como universal, atrae á sí todas las reclamaciones que contra los bienes pertenecientes á la misma se dirigían, y por tanto, la decision de todas ellas compete al juez ante quien dicho juício se halla legítimamente radicado (Sents. 17 Diciembre 1866, 1.º Febrero y 18 Octubre 1864).

Excepcionada la incapacidad del instituido por heredero, no puede ultimarse el juício voluntario de testamentaría, miéntras que por sentencia ejecutoria no se decida la capacidad ó incapacidad de dicho instituido (Sent. 27 Junio 1867).

Sin expreso mandato del juez que conoce de una testamentaría, no hay facultad en nadie, ni áun en la viuda del causante de la testamentaría, para disponer válidamente de cuanto puede afectar á los bienes en ella comprendidos (Sentencia 6 Febrero 1869).

Segun el art. 406 de la ley de Enjuiciamiento civil, es parte legítima para promover el juício voluntario de testamentaría el cónyuge que sobreviva (Sent. 27 Febrero 1869).

Promovido el juício de testamentaría por parte legítima, el juez debe mandar citar á todos los interesados con arreglo á los arts. 414 y 415 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 27 Febrero 1869).

Las operaciones de liquidacion, cuenta y particion, se tienen por aprobadas y subsistentes, cuando sin decir nada en contra de ellas, se dejan trascurrir quince dias, segun lo dispone el art. 484 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sentencia 27 Abril 1870).

Aun cuando el testador determinase que si alguno de sus herederos no prestase entera conformidad á lo consignado en su disposicion testamentaria, en el hecho de llevar su oposicion

á los Tribunales de justicia, se le tendría por excluído de su parte de herencia; esta prohibicion no impide que dichos herederos puedan poner durante los quince días que establece el art. 483 de la ley de Enjuiciamiento civil, algunos reparos relativos á particulares distintos de aquellos á que se refería dicha prohibicion (Sent. 25 Enero 1871).

Para que se tenga por promovido el juício voluntario de testamentaría y el necesario, no basta que le haya promovido una parte legítima, como lo son los herederos ó cualquiera de ellos, y que haya cumplido con los requisitos que prescriben los arts. 414 y 415 de la ley de Enjuiciamiento civil, sinó que es necesario ademas que se solicite en tiempo y circunstancias oportunas, que presupone la misma ley en otros artículos, y especialmente en el 412 y 413 (Sentencia 20 Febrero 1874).

Las disposiciones de uno y otro denotan bien ostensiblemente, que todas las diligencias de naturaleza perentoria en los mismos expresadas, deben practicarse al tiempo del fallecimiento y durante las circunstancias en que puedan tener objeto y llenar el fin de la ley (Sent. id. id. id.).

Nada de esto puede conseguirse despues de haber trascurrido desde la defuncion, treinta y seis y más años, y de haber estado disponiendo de la herencia en vida y por testamento un heredero en concepto de único y universal, y cuando sólo existen herederos de los herederos; y por lo tanto, es claro que al desestimarse la prevencion del juício, en semejante caso no se contrarían los arts. 405, 414 y 415 de dicha ley (Sent. id. id. id.).

Interin se halla pendiente un juício universal de testamentaría, no puede saberse qué legítima corresponde á los hijos (Sent. 28 Mayo 1875).

No puede tener carácter de pleito sobre particion, el expediente en que se ha practicado por la voluntad de las partes, sobre cuyo extremo hubiera procedido en su caso y tiempo la reclamacion correspondiente; pero no el recurso de casacion por infraccion de ley contra la sentencia que decide sobre dichos agravios; y por lo mismo, son inaplicables y no pueden ser infringidos los arts. 404 y 407 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 19 Febrero 1877).

COMENTARIO

Lo consignado en este artículo, materia comprendida en la ley de Enjuiciamiento, tiene por objeto, como vemos, señalar cuándo puede promoverse el juício voluntario de testamentaría, á fin de distribuir entre los herederos, acreedores y legatarios los bienes que por voluntad del finado, por su obligacion ó por disposicion de la ley, les correspondan respectivamente.

La Ley de Enjuiciamiento civil es la que poniendo fin á las dudas y dificultades con que esta materia tropezaba en la práctica admitida por falta de prescripciones legales, ha venido á establecer reglas fijas á las cuales debe sujetarse la tramitacion de aquellos juícios, derogando en su mayor parte lo dispuesto por las Partidas. Veamos muy á la ligera, segun hemos dejado dicho en el comentario anterior, lo que sobre este particular se halla establecido.

Despues de promoverse el juicio voluntario de testamentaría por alguno de los que segun la ley son parte legítima para ello, presentando previamente la partida de defuncion de la persona de cuya sucesion se trate, ú otro documento que la acredite y el testamento del difunto, el Juez, dando por prevenido el juício, citará en forma á los interesados ó sus representantes, caso de ser menores, pues de no tener tutor ó curador, hará que los nombren con arreglo á derecho; y miéntras los herederos estén ausentes, serán representados por el promotor fiscal del juzgado.

Practicadas las primeras diligencias, así como la intervencion del caudal cuando se hubiere solicitado, el juez convocará á junta á los herederos para que se pongan de acuerdo sobre la administracion de aquel caudal, su custodia y conservacion, que de no convenirse se hará conforme á las circunstancias ó con sujecion á las reglas prescritas en el art. 424 de la ley, y en adelante el juício se dividirá en tres períodos; 1.º, de inventario; 2.º, de avalúo; y 3.º, de division, de los cuales los dos primeros podrán practicarse simultáneamente cuando los interesados lo acordasen, ó cuando sólo alguno lo pidiere y el juez lo estimare conveniente, dadas las circunstancias del caudal.

Hecho el inventario del modo que previene la ley, ya indicado al tratar del beneficio que lleva su nombre, y formado otro especial en concurrencia de los interesados, de las escrituras y papeles importantes, el juez lo aprobará si los interesados estuvieren conformes, y si no mandará ponerlo de manifiesto en la escribanía del juzgado por término de ocho dias, pasados los cuales sin haberse presentado reclamacion alguna sobre él, será aprobado. Las reclama-

ciones que se hicieren, se sustanciarán por la vía ordinaria y en piezas separadas.

El avalúo deberá ser hecho por peritos nombrados de comun acuerdo. De no convenirse tendrán derecho á nombrarlos: 1.°, el cónyuge sobreviviente; 2.°, los herederos que sólo nombrarán uno por parte de todos ellos; y 3.°, el legatario ó legatarios de parte alícuota del mismo modo. No poniéndose de acuerdo los interesados en estos nombramientos, se designará por suerte mediante la insaculacion que el juez haga de los propuestos por las partes, y únicamente podrá ser recusado el perito tercero.

Unido el avalúo á los autos, se pondrán de manifiesto en la escribanía durante ocho días, pasados los cuales sin reclamacion, serán aprobados por el juez, si no hubiere pleitos pendientes sobre el inventario, pues de haberlos, deberá esperarse á que se terminen, á no ser que los interesados acordaran pasar á liquidar y dividir los bienes, ó que sólo uno lo pidiere, en cuyo caso quedarán á cubierto los derechos de los que se opusieran bajo la responsabilidad del juez.

Puede hacerse oposicion á los avalúos: 1.°, por error en la cosa, ó en sus condiciones y circunstancias esenciales; y 2.°, por cohecho á los peritos ó inteligencia fraudulenta entre ellos ó los interesados para aumentar ó disminuir el valor de los bienes. En el primer caso se consignará en un acta el resultado de la discusion sobre el asunto promovido en junta, á que deberán ser convocados por el juez los interesados y peritos, y en el segundo caso se sustanciará la cuestion con arreglo á la forma del juicio ordinario, y habrá lugar en su caso, á proceder criminalmente contra los culpables.

La division se hará por el contador nombrado de comun acuerdo en junta. En los demas casos habrá dos contadores, que procederán unidos en estas operaciones, y si no hubiera avenencia en la designacion de personas, se hará en la forma marcada para la eleccion de peritos, así como igualmente regirá lo dicho entónces para la recusacion y reemplazo de los contadores.

Aceptado su cargo, puestos á su disposicion los autos y por inventario los papeles y documentos de la herencia, para resolver las dudas que tengan podrán hacerlo en una junta con el Juez é interesados, y ántes de proceder á las adjudicaciones deberán promover otra junta para acordar lo que crean oportuno respecto á ellas. En ambas juntas se estará á lo que se conviniere, y de no haber convenio procederán los contadores como estimen justo.

La liquidacion y division por ellos presentadas en papel comun y con sus firmas, se pondrán de manifiesto durante ocho días, pasados los cuales sin oposicion de los interesados, se aprobarán por el juez, mandando protocolizarlas con reintegro del papel sellado correspondiente.

Las oposiciones se discutirán en junta, ejecutando lo que se acuerde, y de no haber acuerdo, los contadores informarán por escrito lo que estimen sobre las reclamaciones, las cuales se considerarán como la demanda del juicio ordinario en que deberán sustanciarse.

Por último, aprobadas las particiones, se entregará á cada heredero lo suyo, con los títulos de propiedad y testimonio de su haber y adjudicacion, poniéndose en aquellos por el escribano, nota expresiva de ésta.

En cualquier período del juício voluntario de testamentaría, podrán separarse de su seguimiento los interesados, y adoptar los acuerdos que estimen convenientes. Los incidentes que durante aquél se promuevan, se sustanciarán en juício ordinario.

Las reglas distintas que los testadores hayan establecido para la particion de sus bienes, serán respetadas por los herederos voluntarios instituídos; pero siempre en todos estos juicios será juez competente para conocer de ellos el del domicilio del difunto, si bien esto no impide el que los interesados se sometan expresa ó tácitamente á otro juez ordinario.

Artículo 1167.—Es necesario el juício de testamentaría:

Primero. Cuando los herederos están ausentes y no hay quien los represente legítimamente.

Segundo. Cuando los herederos son menores ó están incapacitados, bien se hallen ausentes ó presentes, si el testador no hubiere dispuesto lo contrario.

Tercero. Cuando uno ó varios acreedores lo solicitaren.

ORÍGENES

Art. 407 Ley de Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Sent. 30 Junio 1862.

Sent. 8 Mayo 1865.
Sent. 10 Noviembre 1866.
Sent. 9 Julio 1874.

Cuando en los autos de testamentaría no han sido citados los acreedores legítimos á usar de su derecho, las diligencias practicadas no pueden causar efecto legal en perjuicio de éstos (Sent. 10 Junio 1859).

Al juício necesario de testamentaría, como universal, deben acumularse todos sus incidentes (Sent. 26 Marzo 1861).

Resuelta en un sentido ó en otro la cuestion de si un juício de testamentaría ha de ser necesario ó voluntario, no es posible promoverla de nuevo, ni convertir en necesario el juício que se ha declarado debe ser voluntario (Sentencia 15 Abril 1862).

Como la ley ha establecido entre una y otra clase de juício diferencias esenciales que afectan á los derechos de los interesados, la resolucion en uno ú otro sentido debe ser irreparable en sus efectos (Sent. id. id. id.).

En los juícios de testamentaría en que hay herederos ausentes ó de ignorado paradero, tiene que citarse al promotor fiscal para que los represente (Sent. 29 Abril 1865).

El art. 425 de la ley de Enjuiciamiento civil, que se refiere á la tramitacion del juício necesario ó voluntario de testamentaría en cierto período, no tiene aplicacion en un litigio en que sólo se discute y falla sobre que un tutor entregue á los herederos de su pupilo los bienes que á éste correspondian y presente las cuentas de su administracion, y por vía de reconvencion, que vistas y examinadas las cuentas presentadas por dicho tutor, se condene á los herederos al abono de la cantidad que á favor de aquél resulte (Sent. 12 Enero 1867).

Los acreedores á una testamentaría no pueden alegar más derechos que los que ésta tuviese (Sent. 17 Marzo 1873).

Estableciéndose por el art. 409 de la misma ley que caducará el derecho de los acreedores á promover el juício de testamentaría si por los herederos se les diere fianza bastante á responder de sus créditos independientemente de los bienes del finado, y habiendo llenado el demandante este requisito áun con exceso al crédito reclamado, la sentencia que declara conclusas las actuaciones promovidas con el indicado objeto, no infringe el citado artículo (Sentencia 7 Mayo 1874).

El art. 407 de la ley de Enjuiciamiento civil, no obliga á los acreedores á promover el juício de testamentaría para cobrar sus créditos (Sentencia 11 Abril 1876).

Otorgada la escritura pública de particion de los bienes de una testamentaría no hay términos hábiles para continuar el juício ni bajo el aspecto de voluntario ni el de necesario; y por tanto, la sentencia que sobreséa no infringe los arts. 493, 498 y 407 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 19 Mayo 1876).

Segun la modificacion tercera del art. 499 de la citada ley, en el juício necesario de testamentaría «los acreedores pueden ser parte en los pleitos que se susciten sobre inclusion ó exclusion de bienes» (Sent. 17 Octubre 1877).

COMENTARIO

Estudiada ya la tramitacion del juício voluntario de testamentaría, vamos á exponer con la misma brevedad la del necesario.

Sólo tiene lugar ésta en los casos marcados en el artículo objeto de este comentario, y se acomoda despues de practicar las diligencias necesarias para la seguridad de bienes, libros y papeles, á los trámites marcados para el juício voluntario, con las modificaciones siguientes: 1.ª, que los inventarios se formen siempre judicialmente; 2.ª, que se cite ademas para ellos el acreedor ó acreedores que lo hubieran promovido; 3.ª, que los bienes siempre se constituyan en depósito; 4.ª, que el administrador dé en todo caso fianza, sin dispensa de ninguna clase; y 5.ª, que no se entregue nada del caudal sin satisfacer ántes los créditos á los acreedores que hubieren promovido el juício.

Para la administracion de las testamentarías se formará una pieza separada, en la que se actuará cuanto tenga relacion con ella.

El administrador deberá prestar fianza y conocer á los interesados; al fin de cada mes rendirá cuentas de su administracion, que estarán de manifiesto en la escribanía á disposicion de los interesados; deberá hacer con publicidad todo lo relativo á enajenaciones, subastas, arriendos, correspondencia, etc., y en las subastas no se admitirá postura inferior al tipo señalado al anunciarlas, procediéndose á nueva subasta si no fueran admisibles las presentadas, con rebaja del tipo marcado en la primera, y si áun de este modo no se obtuviese resultado, el juez, oyendo á las partes, determinará, segun las circunstancias, lo que estime conveniente.

Durante el juício no se podrán vender los bienes inventariados, excepto los que puedan deteriorarse, los de difícil conservacion, los

frutos cuya venta sea ventajosa, y los necesarios para cubrir las atenciones de la testamentaría, de todos los cuales bienes decretará el juez la venta en pública subasta, previo avalúo de peritos, oyendo á los interesados y mandando depositar su producto en donde se hallen los fondos de la testamentaría. Los efectos públicos se enajenarán por agente de Bolsa que nombrará el juzgado.

El juez abrirá la correspondencia dirigida al difunto, en presencia del escribano, de los herederos y del administrador, el cual recibirá la que se relacione con el caudal, dejando testimonio de ella en los autos.

El administrador percibirá por su trabajo, el dos por ciento del producto líquido de la venta de frutos; el uno por ciento de la de bienes raíces; el medio por ciento de la de efectos públicos y cobranza de valores, y el cinco por ciento de los demas ingresos.

Por último, aprobadas sus cuentas se le facilitará el documento oportuno para hacerlo constar, entregará á los herederos lo que les corresponde de lo que obre en su poder, y se cancelará la fianza que por el cargo de administrador hubiere prestado.

Artículo 1168.—Cuando una persona muriere sin que conste que haya otorgado disposicion testamentaria y sin dejar descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, procederá el juício de abintestato en la forma y con sujecion á las reglas que previene la ley de Enjuiciamiento civil.

ORÍGENES

Art. 351 Ley Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Sent. 26 Octubre 1859.
Sent. 8 Abril 1865.
Sent. 27 Octubre 1865.

Los juícios de abintestato, aunque las herencias provengan de militares, corresponden á la jurisdiccion ordinaria (Sents. 15 Febrero 1859, 23 Febrero 1860, 30 Enero y 12 Junio 1861, 7 Agosto y 5 Diciembre 1862).

El juez competente para conocer de un abintestato, es el del domicilio del difunto, aunque haya fallecido por una circunstancia cualquiera en otro pueblo (Sents. 30 Junio 1859, 12 Junio 1861 y 29 Setiembre 1864).

Aun en la hipótesis de que el confesor careciese de la capacidad para ser nombrado albacea, esto no puede bastar para declarar que el que lo nombró falleció intestado (Sent. 18 Junio 1864).

La ley de Enjuiciamiento civil consigna diferente tramitacion para los juícios de abintestato y para los de testamentaría (Sent. 1.° Octubre 1877).

COMENTARIO

Hemos visto cómo y cuándo deben promoverse los juícios voluntario y necesario de testamentaría; veamos los procedimientos establecidos, para el caso del fallecimiento abintestato, y con esto daremos fin á todo lo que se refiere á procedimientos.

Unicamente en los casos apuntados tendrá lugar dicho juício, y si los parientes á que nos hemos referido estuvieren ausentes, el juez se limitará á adoptar las medidas más indispensables para el aviso de los mismos, enterramiento del difunto y seguridad de bienes, cesando su intervencion cuando aquéllos se presenten, y cuando estén provistos de tutor ó curador los que lo necesitaren, á no ser que alguno de los primeros lo solicitare.

Teniendo conocimiento el juez de primera instancia ó el municipal en los pueblos, de la muerte de una persona en las condiciones del artículo, tomarán las medidas necesarias y procederán á averiguar, á falta de otros medios, informándose de los parientes, amigos y vecinos, si aquellas condiciones existen.

Si hubiere fallecido, en efecto, sin testamento y sin descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, procederá el juez: 1.°, á nombrar albacea dativo que se encargue del entierro y demas propio al cargo; 2.°, á inventariar y depositar los bienes en persona de confianza que á la vez será su administrador, amovible por supuesto, á voluntad del juez; y 3.°, á examinar los libros, papeles y correspondencia del difunto.

El metálico ó alhajas se depositarán en establecimiento público designado al efecto, conservando el juez el documento del depósito. Si hubiere frutos recolectados, se deberán sobrellevar los almacenes, y si pendientes, se constituirán guardas. La correspondencia se abrirá por el juez en presencia del administrador y escribano, tomándose todas las medidas oportunas para la seguridad de los bienes, á la cual deberá atender igualmente el promotor fiscal, que en adelante será parte en el juicio, repre-

sentando á los que puedan tener derecho á la herencia.

Mediante edictos fijados en los sitios públicos del pueblo en que se celebra el juicio, del lugar donde falleció la persona de cuya sucesion se trata, del de su naturaleza, y en los periódicos oficiales, en su caso, se convocará á los que se crean con derecho á heredarle, para que comparezcan en un plazo que no excederá de treinta días, ó más largo si el domicilio del difunto estuviere fuera de la Península ó las comunicaciones y circunstancias fueran difíciles y extraordinarias.

Presentados ó no los herederos, se publicarán nuevos edictos con los nombres de los primeros y su parentesco por término de veinte días, despues de los cuales exigirá el juez á los que se hayan presentado, con citacion del promotor que acrediten su parentesco, en un plazo que no excederá de cuarenta días, pudiéndole prorogar si concurrieran las circunstancias ántes dichas.

Cuando fuere uno solo el presentado se le declarará heredero si el promotor hubiera en ello convenido, y cuando sean varios discutirán en junta convocada al efecto sus derechos hereditarios, y en caso de convenirse con el promotor, se les declarará herederos en la forma acordada, ajustándose en adelante el juicio á los trámites marcados para el de testamentaría.

Oponiéndose el promotor á la declaracion, se sustanciará el pleito á que éste dé lugar en juicio ordinario, y la sentencia del juez es apelable en ambos efectos. De la misma manera se procederá entre los presentados como herederos cuando entre ellos hubiere oposicion, y los promotores seguirán teniendo parte en estos juicios hasta que haya heredero declarado por ejecutoria, en cuyo caso cesará de intervenir aquél, entendiéndose con éste todas las cuestiones pendientes que puedan promoverse. Terminados todos los pleitos, se ajustará el juicio á los trámites establecidos para el de testamentaría.

La herencia se declarará vacante si nadie se presentare reclamándola, ó no fueren reconocidos los derechos de los presentados, y de las solicitudes de éstos se formará una sola pieza separada, quedando la primitiva para tratar en ella de la administracion del abintestato y sus incidencias.

El juez del mismo será el único competente para conocer de las demandas ordinarias ó ejecutivas, que se deduzcan contra los herederos del difunto ó sus bienes, y el administrador de los mismos representará al abintestato en todos los pleitos promovidos ántes ó durante el juicio. En cuanto á la administracion del abintestato una vez terminado el inventario podrá el juez exigir mayor fianza de la prestada al administrador y reemplazarlo si no la da cumplida. Este rendirá las cuentas el día último de mes, serán aprobadas por el juez oyendo al promotor ó heredero declarado, y se depositará el saldo con los demas fondos del abintestato.

Las actuaciones relativas á administracion estarán de manifiesto en la escribanía, debiendo ser atendidas las reclamaciones que sobre ellas se hagan, y lo relativo á enajenacion, subastas, correspondencia, etc., se ajustará á lo ordenado en el juicio de testamentaría.

Por último, los libros y papeles del difunto se entregarán á los herederos, y en su defecto al Estado los que tengan relacion con los bienes, y los demas se archivarán con los autos del abintestato en pliego cerrado y sellado, en cuya carpeta rubricarán el juez, promotor y escribano.

Artículo 1169.—Será extrajudicial la particion en los casos siguientes:

Primero. Cuando los herederos son mayores de veinticinco años, y tienen capacidad para contratar y obligarse *(a)*.

Segundo. Cuando el testador nombra contadores ó partidores, dándoles facultad para hacer la particion de la herencia, sin acudir al juez más que para la aprobacion de las diligencias practicadas *(b)*.

Tercero. Cuando el testador dejare hecha la particion, la cual será válida, bien que si perjudicare á los herederos en su legítima, se suplirá ó completará la falta que haya en ésta *(c)*.

Cuarto. En el caso del núm. 2.° del artículo 1167, si así lo hubiese dispuesto el testador *(d)*.

ORÍGENES

(a) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. I, lib. X, Fuero Juzgo. Ley 8.ª, tít. IV, lib. III, Fuero Real.
(b) Ley 10, tít. XXI, lib. X, Nov. Rec.
(c) Ley 9.ª, tít. XV, Partida 6.ª
(d) Art. 407 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Sent. 30 Junio 1862.

Los bienes gananciales, como sujetos prefe-

rentemente á responder de las deudas contraídas durante el matrimonio, no pueden formar parte del caudal hereditario, líquido partible, miéntras no estén aquellas satisfechas (Sentencia 22 Setiembre 1859).

Al autorizar el testador á personas de su confianza para distribuir sus bienes con arreglo á sus instrucciones, no hace una verdadera institucion de heredero; de consiguiente, no son aplicables á este caso las leyes que declaran cómo debe haberse el establecimiento de heredero (Sent. 11 Enero 1860).

Hecha de conformidad con los interesados, hábiles para obligarse, la particion y adjudicacion de los bienes hereditarios, no puede rescindirse por la lesion ó perjuicio ocasionado á alguno en la sexta parte de su haber (Sent. 28 Setiembre 1860).

La particion de una herencia hecha de conformidad por los interesados mayores de edad, y conviniendo todos en la autorizacion de uno de ellos para representar á otro ausente, es válida respecto á los que la ejecutaron; si bien quedando éstos obligados por su parte al ausente, á quien no puede perjudicar sinó estuvo legalmente representado (Sent. 1.° Diciembre 1860).

No están obligados los herederos á conformarse con el resultado de las operaciones de testamentaría practicadas por el contador que ellos nombren, si al mismo tiempo no le confieren el carácter de árbitro ó amigable componedor (Sent. 13 Marzo 1861).

Formalizados el inventario y la division de la herencia, con audiencia de los interesados ó de sus legítimos representantes, y una vez aprobados estos actos por la autoridad judicial sin reclamacion de ninguna clase, no cabe ni es procedente la peticion de nulidad, despues de haber dispuesto uno de los interesados de la parte de bienes que le habían tocado, y prescindiendo de las acciones ordinarias que las leyes reservan á los perjudicados en tales operaciones (Sent. 22 Mayo 1861).

Las operaciones de inventario, avalúo y division del caudal hereditario, hechas extrajudicialmente, bien por convenio de los interesados, bien en virtud de lo ordenado por el testador, una vez presentadas y aprobadas judicialmente, previa audiencia y conformidad de aquéllos con dichas operaciones y mandadas protocolizar, no son ya susceptibles de agravios que han podido exponerse y probarse á su tiempo (Sentencia 28 Mayo 1864).

Aunque es indudable, segun doctrina reconocida por el Tribunal Supremo, que no puede decirse de agravios contra las operaciones de inventario, avalúo y division del caudal hereditario practicado extrajudicialmente, una vez aprobadas por la autoridad judicial, previa audiencia y conformidad de las partes, esta doctrina no tiene aplicacion cuando la demanda no va dirigida contra dichas operaciones, ó cuando los interesados, al conformarse con la cuenta y particion, se reservaron deducir en tiempo oportuno cualquiera reclamacion que creyeran asistirles (Sent. 1.° Diciembre 1864).

La sentencia que aprueba una particion en que se infiere notorio agravio á alguno de los herederos, privándole de lo que legítimamente le correspondía, infringe el precepto de derecho y de eterna justicia, de dar á cada uno lo que es suyo (Sent. 24 Setiembre 1866).

La ley 10, tít. XXI, lib. X, de la Nov. Recopilacion, que autoriza á los padres y testadores para que hagan que sus albaceas y testamentarios formalicen las cuentas y particiones, sin necesidad de los hasta entónces llamados padres generales de menores, no tiene aplicacion cuando no se disputa al testador esa facultad (Sent. 25 Octubre 1866).

Si bien las leyes 10 y 11, tít. XXI, lib. X, de la Nov. Rec., imponen á los testamentarios el deber de presentar á la aprobacion judicial las cuentas y particiones de herencia en que están interesados menores despues de practicadas extrajudicialmente, sin cuyo requisito se infiere no han de perjudicar á aquéllos, no determinan que su omision produzca la nulidad de las mismas particiones. Aun en el supuesto de ser éstas rescindibles por la expresada omision cuando procede la reparacion de perjuicios sufridos por los menores, han de intentar necesariamente los perjudicados para obtener dicha rescision el remedio que les conceden las leyes, que es el de la *restitucion in integrum*, ántes de haber espirado el cuadrienio legal (Sent. 29 Abril 1867).

Cuando el testador no hace uso de la facultad concedida por el art. 496 de la ley de Enjuiciamiento civil, estableciendo en su testamento reglas distintas de las que la misma ley prescribe para la formacion del inventario, avalúo y liquidacion de sus bienes, hay que seguir las determinadas en dicha ley (Sent. 6 Junio 1867).

Cuando se da poder para liquidar y aprobar bajo un concepto una particion, procediendo

conocidamente en virtud de un error de hecho, y sin manifestar expresa y deliberadamente que se renuncia con verdadero conocimiento un derecho, la sentencia que declara la nulidad de dicha particion no infringe las leyes 18, tít. VI, Partida VI; y 1.ª, tít. I, lib. X, de la Novísima Recopilacion, ni los convenios celebrados por los interesados, ni la doctrina legal de que las operaciones de inventario, avalúo y division del caudal hereditario hechas extrajudicialmente y aprobadas por el juez previa audiencia y conformidad de los interesados, y mandadas protocolizar, no son susceptibles de agravios que pudieron exponerse y aprobarse á su tiempo (Sent. 24 Octubre 1867).

Es potestativo en los padres partir su herencia por sí mismos en vida, y distribuirla entre los que han de ser sus herederos á su finamiento, como declara la ley 9.ª, tít. XV, Partida 6.ª (Sent. 3 Diciembre 1868).

El encargo conferido por el testador á dos personas de practicar extrajudicialmente el inventario y particion de sus bienes, siendo para un fin tan expreso y determinado, no puede ampliarse á otras diligencias ni operaciones, y mucho ménos á representar á la testamentaría, en acto de conciliacion, reconocer en él un documento privado contra la misma testamentaría y allanarse al pago de la cantidad reclamada (Sent. 19 Junio 1869).

Cuando un testador prohibe que sus herederos y legatarios entablen reclamacion judicial contra las operaciones practicadas por sus albaceas, á quienes confiere omnímodas facultades, y que por este solo hecho y sin más comprobante que un testimonio de haberse incoado el primer acto judicial, se entiende nula y sin efecto y como si no se hubiera hecho la institucion, manda ó legado, la sentencia que manda devolver lo percibido al heredero ó legatario que intenta reclamacion, se ajusta á lo dispuesto por el testador, no contraviniendo la voluntad de éste (Sent. 26 Junio 1869).

La Ley 10, tít. XXI, lib. X de la Novísima Recopilacion, para evitar que el caudal de pupilos y huérfanos se disipase, facultó á los albaceas y testamentarios que señalasen los testadores para formar los aprecios, cuentas y particiones de los bienes hereditarios, y para presentar las diligencias que practique en este concepto á la aprobacion judicial. (Sent. 9 Febrero 1871).

Todos y cada uno de los testamentarios deben responder de los agravios que en las cuentas resulten, puesto que el testador ha depositado su confianza en todos y cada uno; pues segun la ley 6.ª, tít X, Partida 6.ª, «si muchos fuesen los testamentarios en cuya mano dejase alguno su testamento, todos deben ser uno para cumplirlo; pero si acaeciese que todos no pudieran hé ser ó non quisiesen, lo que ficiesen los dos ó el uno debe valer»; de cuyas palabras claramente se deduce, que siendo las facultades solidarias, no expresándose por el testador lo contrario, debe ser tambien solidaria la responsabilidad. (Sent. id. id. id.).

Las particiones que se aprueban sin proceder la sustanciacion de esta clase de juicios, con citacion de las partes, tienen una falta, que, reclamada oportunamente sin haberse subsanado, constituyen la causa tercera de las comprendidas en el art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. 25 Febrero 1871.)

Hecho por los herederos el inventario y avalúo de los bienes quedados al fallecimiento de su causante sin oposicion; convenidos en que el caudal hereditario se dividiese por partes iguales despues de cubiertas las mandas y mejoras hechas por el testador, y autorizando á los contadores para hacer la adjudicacion como creyesen procedente á derecho, cuyo acuerdo fué aprobado por auto que causó ejecutoria, no pueden las partes ni los peritos contadores separarse de las bases convenidas, y, por consiguiente, es indudable, que la Sala sentenciadora, que estima la demanda de agravios propuesta con notoria inoportunidad por uno de los interesados, separándose de lo pactado, infringe los arts. 476 y 479 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la ley 1.ª, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilacion (Sent. 13 Julio 1872).

Fundándose la sentencia en que el testamentario y partidor obró con aquiescencia y consentimiento de los herederos necesarios y voluntarios del testador y en virtud de las instrucciones que los mismos le facilitaron, no puede decirse infringida la doctrina legal de que el carácter del contador y partidor de herencia no tiene valor ni eficacia sin el consentimiento de los herederos forzosos, puesto que dicho partidor administró la herencia y ejecutó la division con conocimiento de todos los interesados (Sent. 15 Noviembre 1872).

No se contraría el texto del art. 496 de la ley de Enjuiciamiento civil sobre que los herederos voluntarios tienen que respetar las reglas que para el inventario, avalúo, liquidacion y division de sus bienes hayan establecido los testa-

dores, cuando la sentencia nada resuelve que se oponga á este precepto (Sent. id. id. id.).

Cuando el testamentario obra por aquiescencia y conocimiento de los herederos, no puede ser infringida la Real resolucion de 26 de Abril de 1791, inserta en la nota 10 al tít. XXI, libro X de la Novísima Recopilacion, segun la cual, los contadores extrajudiciales no pueden desempeñar este cargo sin el consentimiento de los herederos. (Sent. id. id. id.).

No habiendo delegado su carácter el testamentario, no se infringe el principio de que los cargos personalísimos no pueden delegarse, sin que se entienda que haya tal delegacion por haberse valido de un letrado para el reconocimiento de documentos, formacion de inventario y otros trabajos necesarios para la division, si esto estaba dentro de las facultades que le había concedido el testador (Sent. id. id. id.).

A las operaciones de testamentaría practicadas extrajudicialmente, no les son aplicables los requisitos y formalidades que prescriben los artículos 416 y 430 de la ley de Enjuiciamiento civil para el juicio voluntario de testamentaría, despues que el juez le hubiese por prevenido al tenor del art. 415 de la misma ley, de donde se deduce que áun cuando los testamentarios no los hayan observado, y por más que la sentencia deniegue la declaracion de la nulidad de dichas operaciones, que fundándose en la inobservancia de los expresados artículos se demandó, no ha podido infringirlos, como inaplicables al caso (Sent. 24 Setiembre 1875).

A la cláusula puesta por los testadores de que no intervengan los tribunales en la particion de sus bienes, no puede dársela el alcance de que el poseedor del caudal pueda hacerse dueño de él sin más que obligar á su coheredero á que recurra á los mismos, pidiendo que se cumpla en todo la voluntad del testador (Sentencia 11 Julio 1877).

COMENTARIO

Cuatro casos marca el artículo presente, en los cuales puede hacerse la particion sin que intervenga la autoridad judicial, si bien la ley 10, tít. XXI, lib. X de la Novísima Recopilacion prescribe, que despues de terminadas las diligencias practicadas por los partidores ó contadores nombrados al efecto por el testador, se presenten al juez para su aprobacion, con cuya ley está conforme el art. 407 número 2.º de la de Enjuiciamiento civil, porque al disponer en él que procede el juicio de testamentaría «Cuando los herederos son menores ó están incapacitados, bien se hallen ausentes ó presentes, *si el testador no hubiere dispuesto lo contrario*», confirma lo prescrito por la ley recopilada. Del mismo modo se expresa la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Los demas casos señalados en el artículo, no ofrecen tampoco dificultad ni necesitan explicacion. Lo que sí debemos decir, es que, áun cuando en los *abintestatos* debe intervenir el juez habiendo menores ó ausentes, no es esta circunstancia tan necesaria para que sea la particion judicial, pues deja de ser precisa aquella intervencion desde el momento de proveer de tutor ó curador á los menores, ó en el de comparecer los ausentes, á no ser que algun interesado la solicitare, y en las *testamentarías* no tiene tampoco lugar la particion judicial cuando los ausentes tienen quien les represente, y en cuanto á los menores el testador hubiere dispuesto lo contrario.

Ahora bien, una vez dicho esto y estudiado en los comentarios anteriores el modo de proceder en los juicios de testamentaría y abintestato, marcado en la ley de Enjuiciamiento civil, veamos cuáles son las reglas que deben tenerse presentes para practicar con legalidad las particiones.

Hecho el inventario de todos los bienes ó durante su formacion, se procede á la tasacion de los mismos con arreglo á lo dispuesto en la ley citada, á lo prescrito por el testador ó á lo convenido por los interesados, segun queda explicado, teniendo en cuenta para ello el justo valor de las cosas y las circunstancias de lugar y tiempo, pues segun las costumbres del pueblo donde radiquen los bienes y la época á que se atienda para apreciarlos, será distinta su estimacion, debiendo advertir, que habrán de ser tasados con arreglo al valor que tengan de presente y nunca por el que se compraron.

Empiézase, pues, por consignar por medio de supuestos, cuando murió la persona de cuya sucesion se trata, si dejó testamento hecho, quiénes son sus herederos, cuántos bienes deja con arreglo al inventario formado, el valor de los mismos distinguiéndolos por clases, y á este tenor todas las circunstancias que sirvan para formar con más exactitud el cuerpo de hacienda; y una vez obtenido este resultado, se procede á su liquidacion haciéndose las deducciones correspondientes.

Al practicar las operaciones de cuenta y particion del caudal hereditario, deben tenerse

presente todas las reglas legales que concedan derecho á los compartícipes en la sucesion á fin de que la detraccion de cada porcion hereditaria, se haga en el órden, modo y lugar que le corresponda. Así, pues, lo dispuesto acerca de dote, arras, donaciones esponsalicias y propter nupcias, gananciales, prelacion de créditos, legítimas, mejoras, legados, colaciones y facultades del testador, tienen su natural aplicacion y cabida en estas operaciones.

No exponemos aquí más minuciosamente la forma y manera de hacer unas particiones, porque todo cuanto dejamos dicho en los dos títulos anteriores con especialidad, y en general la mayor parte del derecho civil que se refiere á los puntos ántes indicados, pueden relacionarse con las operaciones de una testamentaría.

Artículo 1170.—Deben partirse todas las cosas pertenecientes á la herencia, á excepcion de las nocivas é inmorales.

ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XV, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

No pueden considerarse como del caudal de la testamentaría los bienes que vendió en vida del difunto, y que están arrendados por el comprador á una tercera persona (Sent. 5 Enero 1872).

Si en el pleito sólo se ha ventilado y decidido sobre el inventario de la herencia de una mujer casada, que constituye la materia del primero de los tres períodos en que se divide todo juício de abintestato, como el de testamentaría, sin haberse debatido cuestion alguna sobre gananciales de la sociedad conyugal, ni sobre las posteriores para su liquidacion y consiguiente division entre los herederos de la finada y su viudo, que ha de ser objeto del tercer período del juício, en el que únicamente podrán tener aplicacion más ó ménos eficazmente la ley 4.ª, tít. IV, libro X de la Novísima Recopilacion, segun la cual deben reputarse bienes gananciales todos los que quedaren á la disolucion de la sociedad conyugal miéntras no se justifique otra cosa, y la doctrina legal que considera continuada bajo el concepto de sociedad comun la que se forma por tácita voluntad entre el cónyuge superviviente y los herederos del difunto, miéntras aquella primera sociedad no se liquida, así como la subsiguiente doctrina que reconoce que para hacer debidamente esta liquidacion es necesario empezar por inventariar ó traer al cuerpo del caudal todos los bienes que estén comprendidos en la comunion, para poder luégo hacer las debidas bajas y deducciones, pues de lo contrario, éstas quedarían hechas prematuramente y sin la forma del juício propio de particion, es claro por lo mismo, que estas leyes no pueden considerarse aplicables al caso, ni por consiguiente, suponerse infringidas (Sentencia 10 Diciembre 1873).

La ley 2.ª, tít. XV, Partida 6.ª, que declara «quien son aquellos que pueden demandar particion, é á quien: é quáles cosas pueden partir, é quáles non, é en qué manera», es inaplicable al pleito en el que no se ha ejercitado la accion de division de herencia, sinó la de reivindicacion de fincas, fundada en la nulidad de la particion hecha (Sent. 2 Abril 1878).

Tampoco es aplicable al pleito, ni por tanto podido infringirse por la sentencia, la ley 43, tít. II, Partida 3.ª, porque aunque dispone que: «maguer el demandador non pruebe todo cuanto pusiese en su demanda, que en aquello que probare, quel vala»: rechazada en absoluto la nulidad de la particion, no puede aprovecharle el derecho que alegue á la mitad del caudal como heredero en dicha porcion de su padre (Sent. id. id. id.).

Artículo 1171.—Las escrituras, títulos y documentos que no pudieren partirse, deberán ser entregados para su conservacion al heredero que tenga más parte en la herencia, al más digno si todos tuvieren igual participacion y en igualdad de dignidad al más anciano, no contándose en estos casos á la mujer áun cuando reuna dichas condiciones. Si éstas fueren idénticas en todos ellos, se designará por suerte la persona que deba conservar dichos documentos. El nombrado de este modo, ó si lo hubiere sido por el testador, está obligado á dar cópias á los demas coherederos y á mostrar los originales siempre que ellos lo pidieren.

ORÍGENES

Leyes 7.ª, y 8.ª, tít. XV, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 4.ª, pár. 2.° y 5.°, título II, lib. X, Digesto, y en parte con: Arts. 842 pár. 2.°, Cód. Francia.—999 Italia.—1306 Lui-

siana.—1126 Holanda.—768 Vaud.—515 Lucerna.—217 y 218 Ley especial Saint-Gall. 869 Valais.—845 Neufchatel.—2154 y 2155 Portugal.

JURISPRUDENCIA

La ley 7.ª, tít. XV, Partida 6.ª, que manda que los documentos comunes á una herencia los tenga uno de los coherederos, con la obligacion de manifestarlo á los demas, se refiere á las escrituras propias de las familias que forman parte de sus herencias, y no á las liquidaciones ó particiones de éstas (Sent. 30 Enero 1861).

COMENTARIO

Hay en las herencias muchas veces documentos importantes que no pueden dividirse y tienen que ser confiados á una persona para su conservacion y custodia. Para ello marcó la ley el órden que debe observarse en el nombramiento de dicha persona, designando preferentemente al heredero que más parte tenga en la herencia, luégo al más digno, despues al de más edad, y por último, al que designe la suerte, advirtiendo que la mujer, áun cuando reuna las circunstancias necesarias al efecto, no puede ser nombrada para este cargo segun la ley.

El depositario de los documentos y papeles pertenecientes á la herencia, ademas de la responsabilidad aneja al depósito, tiene la obligacion de dar copias y presentar los originales, siempre que los interesados lo pidieren y cuando fuere necesario.

Debemos advertir, que el Tribunal Supremo ha declarado que las disposiciones de la ley 7.ª, tít. XV, Partida 6.ª, se refieren á escrituras y documentos propios de las familias, y de ningun modo á las liquidaciones y particiones de las herencias, porque aquellos documentos y escrituras son los que verdaderamente no pueden partirse entre los herederos, y por lo que la ley, para evitar cuestiones entre ellos sobre quién debía conservarlas, ha marcado el órden que en su designacion debe observarse.

Artículo 1172.—Los gastos útiles y necesarios hechos por alguno de los herederos en los bienes de la herencia miéntras estuvo sin partir, deben ser descontados del cuerpo de bienes y pagárselos al que los hizo como á un acreedor, y si no se descontaren, deben satisfacer proporcionalmente los coherederos sus respectivas partes.

ORÍGENES

Ley 16, tít. X, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

El aumento ó depreciacion que puedan tener los bienes de una herencia pro indiviso, ceden en beneficio ó daño de la colectividad de herederos (Sent. 29 Marzo 1873).

COMENTARIO

Los gastos hechos por un heredero en los bienes de la herencia ántes de partirla entre los llamados á disfrutarla, constituyen una deuda contra la misma, que debe ser satisfecha del cuerpo de bienes al heredero que invirtió en ellos algunas sumas, por razon de necesidad ó utilidad de los mismos. Esta doctrina, que la ley 16, tít. X, Partida 5.ª establece al tratar del contrato de sociedad, la encontramos igualmente aplicable al caso de particion de bienes hereditarios, y así parece enterderlo el Tribunal Supremo al establecer que el aumento ó depreciacion que pueden tener los bienes de una herencia pro indiviso ceden en beneficio ó daño de la colectividad de herederos; por cuyas razones no hemos vacilado en aplicar tambien á esta materia lo que tendrá más explicacion al tratar del contrato de la sociedad.

Artículo 1173.—Cuando los bienes hereditarios no admitieren cómoda division, el juez podrá adjudicarlos á uno ó más herederos obligándoles á entregar á los otros en dinero la parte que le corresponda, y si ninguno de ellos quisiere los bienes, podrá decretarse su venta y partirse el dinero.

ORÍGENES

Ley 10, tít. XV, Partida 6.ª
Ley 2.ª, tít. IV, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 3.ª, tít. XXXVII, lib. III, Código Romano; ley 55, tít. II, lib. X, Digesto.—Art. 827 Cód. Francia, en cuanto exige en el mismo caso de nuestro artículo la venta en subasta judicial, si los herederos, siendo mayores de edad, no acuerdan otra cosa; al cual siguen el 988 Italia.—2145 Portugal.—1264 Luisiana.—757 Vaud.—858 Valais.

COMENTARIO

Hemos dicho, al hablar del modo de llevar á cabo las particiones, que los bienes debían repartirse con igualdad entre los herederos, llevando cada uno la parte de herencia que por derecho le corresponde; pero podía suceder que los bienes hereditarios no pudieran dividirse sin sufrir grandes deterioros ó sin destruirse, y la ley, previendo el caso, ha dictado las reglas oportunas para que no sufran menoscabo los bienes, ni perjuício en su derecho los herederos.

Para ello prescribe que el juez puede adjudicar á uno de ellos por entero la cosa imposible de dividir, obligándole á satisfacer en metálico, á los demas coherederos, las partes que en la misma les correspondan, prévia la correspondiente tasacion. Cuando ninguno la quisiere se designará por suerte á quién debe adjudicarse, con la obligacion de indemnizar á los demas, y si los interesados no aceptasen este medio ni hubiese entre ellos quien quisiera comprarlo, se procederá á venderla en pública subasta, repartiendo luégo el dinero conforme á las respectivas porciones de los llamados á la herencia. Debe tenerse en cuenta, que si alguno pidiere la venta en pública subasta de los bienes indivisos y otro aprontase el valor de la parte de aquél, no debe entenderse por la venta; en una palabra, y para no enumerar los múltiples casos que pueden ocurrir, el juez puede mandar hacer la particion «en la manera que él entendiere que será más guisada, é más á pro dellos».

Artículo 1174.—En la adjudicacion de los legados y mejoras se observará lo dispuesto para éstas en el art. 975 (1).

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (20 de Toro).

COMENTARIO

Lo prevenido en este artículo y en el 974, se entiende salvo lo que en contrario hubiere ordenado expresamente el testador ó se dedujere de su disposicion testamentaria.

Artículo 1175.—Hecha la particion, quedan obligados los coherederos entre sí á la eviccion y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueren adjudicadas ó les cupieren en suerte.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XV, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 884 Cód. Francia.—2159 Portugal.—1129 Holanda.—796 Vaud.—1076 Friburgo.—515 Tesino.—909 Valais.—871 Neufchatel.—1034 Italia.—Ley 1.ª, tít. XXXVIII, y 14, título XXXVI, lib. III, Cód. Romano.—Ley 25, párr. 21, tít. II, lib. X, Digesto.

JURISPRUDENCIA

No habiendo tenido lugar en el pleito ninguno de los casos de que habla la ley 9.ª, título XV, Partida 6.ª, no tiene aplicacion dicha ley, y por tanto, no puede considerarse como infringida en la sentencia (Sent. 7 Febrero 1874).

COMENTARIO

La eviccion y saneamiento, que estudiaremos con más detenimiento en el contrato de compra y venta, confiere al heredero ó legatario el derecho de que los copartícipes en la herencia le defiendan en su derecho de propiedad, y que en su dia le sostengan en su quieta y pacífica posesion, ó que si de ella hubiere sido privado por sentencia firme, ejecutoria é inapelable, se le reintegre de lo perdido sin su culpa, siempre que hubiere llenado cumplidamente cuantos requisitos tendremos ocasion de examinar.

Artículo 1176.—La obligacion señalada en el artículo anterior cesa cuando el mismo difunto hizo la particion.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. XV, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con la ley 77, párr. 8.º, lib. XXXI, Digesto, y contienen la misma excepcion, entre otras, los arts. 2160 Cód. Portugal y demas citados en el artículo anterior.

COMENTARIO

«Pero si el padre ó el testador partiesse el

(1) Véase pág. 498, columna 2.ª

mismo la eredad en su vida entre los erederos á su finamiento, si despues que el finasse venciessen alguno dellos en juycio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, estonce los otros erederos non serían tenudos de fazerle enmienda alguna». Tales son las palabras de la ley.

Gregorio Lopez y Antonio Gomez entienden, no obstante, que si constase que el testador quiso igualar á todos los herederos ó resultase de negarse el saneamiento por juicio en la legítima de un heredero forzoso, no debe prevalecer la excepcion del artículo.

En sentir de los autores cesa la obligacion de eviccionar y sanear: 1.°, cuando los interesados convinieron en que ninguno quedase sujeto á prestarla en favor de los demas; 2.°, cuando la cosa se pierde por su propia condicion ó naturaleza, y 3.°, si la misma cosa, sobre la cual se dudaba si pertenecía á la herencia, se adjudica igualmente á todos los hermanos, en cuyo caso, de perderse en juicio, el resultado es igual para todos, á no ser que alguno saliere por ello perjudicado en su legítima, la cual deberá ser completada por los demas coherederos.

TÍTULO V

DE LAS DONACIONES

Artículo 1177.—Donacion, es un acto de espontánea liberalidad por el cual se trasfiere al donatario la propiedad de las cosas donadas.

Puede hacerse de dos maneras; entre vivos y por causa de muerte.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. IV, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. VII, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda en cuanto á la primera parte con los arts. 894 Cód. Francia.—1050 Italia.—1703 en su primera parte Holanda.—1454 Luisiana.—557 Vaud.—919 Valais.—629 Neufchatel.—524 Portugal.—1121 Cerdeña.—Leyes 1.ª y título V, lib. XXXIX, Digesto; 2.ª, título VII, libro II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Nadie es dueño de transigir ni ceder lo que con anterioridad habia donado (Sent. 23 Diciembre 1857).

La donacion hecha por la madre á uno de sus hijos, con motivo de su casamiento, no puede alterar ni modificar la disposicion testamentaria del padre que dejó dispuesto cómo habia de pagarse á cada hijo la legítima, y cómo habian de arreglarse los demas derechos que pudieran corresponderles (Sent. 24 Octubre 1862).

No puede calificarse de donacion un contrato de censo vitalicio, pues para constituir aquélla se necesita un acto de liberalidad (Sent. 9 Diciembre 1864).

Cuando las cláusulas de una donacion son claras y expresas, no admiten interpretacion, no siendo aplicable en este caso la regla de derecho de que las cláusulas que admiten más de un sentido, deben entenderse en el más adecuado para que surtan efecto (Sent. 11 Abril 1865).

El donante ha de tener dominio en las cosas que da, para que lo pueda trasferir al donatario (Sent. 27 Setiembre 1865).

Siendo la donacion un contrato bilateral, su ley obliga al donador á estar á las condiciones de la donacion otorgada (Sent. 28 Setiembre 1867).

Las leyes 1.ª, tít. IV, Partida 5.ª, y la 53 de las de Toro, ya definiendo la donacion, ya ordenando su cumplimiento, ya, en fin, determinando cuándo y cómo el padre ó la madre han de pagar lo que prometieren como dote ó donacion, *propter nupcias*, nada prescriben ni determinan respecto á indemnizaciones, para el caso de que no pudiese cumplirse la donacion por motivos poderosos (Sent. 1.º Octubre 1874).

La ley 1.ª, tít. IV, Partida 5.ª, define la donacion quién pueda hacerla y á quién, y sobre qué cosa, y no tienen aplicacion cuando en el pleito no se ha discutido ni resuelto sobre ninguna donacion, sinó sobre la cesion que por escritura hizo un deudor á su acreedor en pago de cantidades que le debia, cuya escritura no se prueba que fuese simulada ni contuviese vicio

que la hiciese ineficaz, segun la apreciacion de la sala sentenciadora, contra la que no se necesita ley ni doctrina legal que se suponga quebrantada (Sent. 1.° Marzo 1875).

La ley 1.ª, tít. IV, Partida 5.ª, y la jurisprudencia de los tribunales, que califica de donacion el acto ó contrato en que una persona cede lo que le corresponde por pura liberalidad, no se infringen, cuando léjos de impugnar el fallo la ley y jurisprudencia referidas, califica de donacion una escritura para los herederos de los que la aprobaron y aceptaron; pero negando este carácter para los que no tuvieron en ella intervencion directa ni indirecta (Sent. 30 Abril 1875).

La doctrina legal de que las donaciones no se presumen, no es aplicable al pleito que no se refiere á cuestion alguna sobre donaciones, sinó al pago de derechos legitimarios (Sent. 7 Diciembre 1875).

COMENTARIO

«No puede á la verdad negarse, dice Goyena, que entre donaciones y testamentos hay puntos importantes de contacto; ambos, por ejemplo, son títulos gratuitos, sujetos á reduccion en lo que tuvieren de inoficiosos; la capacidad para recibir y aceptar es la misma, etc. Pero son más capitales las diferencias en su misma constitucion y efectos: se gana, pues, en órden y claridad, tratándolos separadamente. Por su analogía con los testamentos se trata de ellos á continuacion de las herencias, aunque en realidad son verdaderos contratos».

Las anteriores palabras explican la razon que tenemos para tratar en este sitio de las donaciones; y en efecto, si para ello hay razones de órden y claridad segun expresa el autor de las concordancias, todavía pueden aducirse algunas más si fijamos nuestra atencion en las donaciones *mortis-causa* de que no se ocupa el Proyecto de Código. La semejanza y disparidad de estas donaciones con los pactos y legados, y la gran confusion que existe para fijar su verdadero carácter, son causas más que suficientes para estudiar esta materia despues de los testamentos y ántes de las obligaciones.

La mayor parte de los Códigos antiguos y modernos, patrios y extranjeros, dan cabida entre sus disposiciones á esta institucion, cuyo principal carácter lo constituye la liberalidad, y que como dice el proemio del tít. IV, Partida 5.ª, al tratarla entre los contratos, *es una manera de gracia, é de amor, que usan los omes entre sí, que es más cumplida, é mejor, que las que dijimos en el título ante deste. Ca el que empresta, ó da lo suyo en condesijo, fácelo con entencion de cobrar todo lo suyo; más el que dá, quítalo de sí del todo...*

El donante se despoja de una cosa gratuitamente y en servicio de otra persona que recibe el nombre de donatario; por tanto, las donaciones á título oneroso, hechas con la obligacion de cumplir algun gravámen, no tienen cabida en este sitio sinó entre los contratos onerosos. *Donacion es bien fecho, que nasce de nobleza de bondad de corazon, cuando es fecha sin ninguna premia,* dice la ley 1.ª del título y Partida citados, y es menester, dado su carácter de gratuita, «que se faga por gracia ó por bondad de aquel que lo da».

La definicion de nuestro artículo es general y abraza los dos modos de hacer donacion establecidos en la ley 6.ª, tít. XII, lib. III, Fuero Real (1.ª, tít. VII, lib. X, Nov. Rec.), á saber: entre vivos y por causa de muerte. El primero tiene lugar cuando se traspasa á otra persona gratuitamente y de un modo irrevocable la propiedad de una cosa; y el segundo, cuando por temor á la muerte, bien provenga de enfermedad, peligro inminente ó sólo de pensar en ella, se trasmite gratuitamente y como por vía de manda alguna cosa á otra persona, para despues del fallecimiento del donante.

Conocidos estos dos modos de hacer las donaciones vamos á estudiarlos en el órden marcado, examinando primero la naturaleza, limitaciones, revocabilidad, etc., de las donaciones *entre vivos*, para pasar luégo á las *mortis causa*.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS

SECCION PRIMERA

CAPACIDAD PARA HACERLAS, FORMAS Y EFECTOS DE LAS MISMAS

Artículo 1178.—Todas las personas capaces para disponer de sus bienes, lo son en iguales términos y con las mismas limitaciones para hacer donacion.

ORÍGENES

Leyes 11 y 13, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerdan en parte y en cuanto al fondo con: Art. 901, 902 y 903 Cód. Francia.—2461 Luisiana.—658, caso 1.°, Bolivia.—763, caso 2.°, Italia.—7.°, lib. III, cap. II, Baviera.—560 Vaud.—556 Friburgo.—423 Lucerna.—61 Ley especial Saint-Gall.—321, párr. 4.°, Tesino.—581 idem id. Valais.—638 Neufchatel.—556 Soleure. —516 Bale.—839 Rusia.—1476 y 1764, casos 1.° y 2.°, Portugal.—Leyes 7.ª, tít. V, lib. XLIV, Digesto.

Lo mismo disponen las leyes inglesas y las de los Estados-Unidos.

Artículo 1179.—El hijo menor de edad podrá donar con autorizacion de su padre, los bienes á que se refieren los artículos 209 y 210 (cap. II, tít. VIII, lib. I) (1), y sin ella los comprendidos en el artículo 212 y áun los comprendidos en el 210 si la donacion se hiciere en favor de la madre, hermanos ú otros parientes por razon de casamiento ó por serles necesaria.

(1) Pág. 149.

ORÍGENES

Ley 3.ª, tít. IV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Por regla general puede hacer donacion entre vivos todo el que tuviere la libre administracion de sus bienes, y por consiguiente, no pueden hacerla segun las leyes 1.ª y 3.ª, tít. IV, Partida 5.ª, los menores de veinticinco años y los que estén bajo la patria potestad, sin autorizacion de sus padres; pero si tuvieren peculio castrense ó cuasi-castrense, no necesitan para verificarla de tal licencia, pues de dichos bienes pueden disponer libremente.

Tambien introduce excepcion la ley respecto al peculio profecticio del hijo, cuando éste dispone de él en favor de su madre, hermanos, sobrinos ú otros parientes habiendo motivo justo, como por razon de casamiento ó por necesidad de los mismos. Igual facultad le confiere la ley cuando lo emplease en pagar honorarios al maestro que le hubiera enseñado ciencia, arte ú oficio, en cuyo caso ya no es donacion, sinó pago de salario.

Del principio general ántes apuntado, se deduce, que no pueden donar los que por ser locos, desmemoriados ó pródigos, siempre que estos últimos sean declarados tales por sentencia firme, no tienen la libre administracion de sus bienes.

Tampoco pueden hacer donacion los que con arreglo á las leyes no tengan la libre administracion de sus bienes; la ley 2.ª del mismo título y Partida, consideraba como incapacitados para hacer donaciones, á los reos de lesa ma-

jestad, á los que atentaren contra la persona de sus ministros y consejeros, á los herejes y á los condenados á muerte ó perpetuo destierro. Sin que nos detengamos á examinar esta ley, sólo diremos, que hoy no pueden donar los penados con interdiccion civil, la que con arreglo al art. 43 del Código penal, priva al que la sufre de una porcion de derechos, y entre ellos de la administracion de bienes y de la facultad de disponer de los propios entre vivos.

Del mismo modo no tiene capacidad para donar la mujer casada durante el matrimonio sin licencia del marido, y á este tenor se hallan establecidas algunas prohibiciones que estudiaremos más adelante.

Artículo 1180.—La donacion puede hacerse puramente, bajo condicion y á cierto día entre presentes, y por cartas ó apoderado en caso de ausencia.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tít. IV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1454 Cód. Portugal.

JURISPRUDENCIA

Cuando el donante se reserva una cantidad para disponer de ella por testamento, estableciendo que si no dispone de este modo se entiende comprendido en la donacion, es necesaria la presentacion del testamento para probarse la reserva, y de lo contrario, debe considerarse dicha cantidad comprendida en la donacion (Sent. 10 Noviembre 1860).

Cuando la donacion es hecha para despues de la muerte del donante, hasta que ésta se verifica no se trasmite el dominio de lo donado (Sent. 11 Julio 1870).

COMENTARIO

Fazer se puede la donacion en cuatro maneras, dice la ley 4.ª *La primera, cuando es fecha sin ninguna condicion. La segunda, cuando aquel que la da pone condicion en el donadio. La tercera, cuando son presentes en algun lugar, el que da, é el que recibe la donacion. La cuarta, cuando aquel que quiere fazer la donacion es en otra tierra. Ca estonce non la puede facer si non por carta ó mensajero cierto, en que le envie á decir señaladamente lo que le da.* En una palabra, podemos decir, que los modos establecidos para constituír contratos que más adelante estudiaremos, son igualmente aplicables á la donacion.

Artículo 1181.—Hecha la donacion puramente, bien de palabra ó por escrito, sin haber entregado el objeto que la constituye, queda obligado á hacerlo el donante ó sus herederos, á no ser que por ello se privare de todo recurso para vivir (*a*).

La donacion queda perfeccionada por la aceptacion del donatario (*b*).

ORÍGENES

(*a*) Ley 4.ª, tít. IV, Partida 5.ª
(*b*) Leyes 4.ª y 6.ª, tít. IV, Partida 5.ª
Sent. del T. S. 9 Diciembre 1864.
Sent. 5 Marzo 1870.
Sent. 30 Abril 1875.

CONCORDANCIAS

Concuerda en su segunda parte y en cuanto exigen el mismo requisito los: Arts. 894 y 932 Cód. Francia.—1456 Portugal.—1703 y 1720 Holanda.—1726 Luisiana.—1057 Italia.—922 Valais.—1058 Bolivia.—1121 y 1127 Cerdeña. 814 Nápoles.—557 Vaud. Ley 19, pár. 2.º, título V, lib. XIX; 55, tít. VII, lib. XLIV, Digesto.

JURISPRUDENCIA

No cumpliéndose por el donatario la obligacion ó condicion que el donante quiso imponer, no hay términos hábiles para conceptuar que el donatario aceptó la donacion, ni la posibilidad de que trasmitiese á sus herederos derechos que él al morir no habia adquirido (Sent. 9 Diciembre 1864).

Cuando el padre, al instituir heredero universal á un hijo, con motivo de su casamiento, se reserva entre otras cosas, el usufructo de los mismos bienes y la facultad de acomodar á los demas hijos á su conocimiento y voluntad, y en el uso legítimo de este derecho, da á sus hijas lo que estime conveniente para su casamiento, ratificando esta donacion en su testamento, é imponiendo al heredero la obligacion de respetarla, éste no puede invadirla, alegando que aceptó la herencia en lo que le

fuera favorable, porque la aceptacion tiene que producir todos sus efectos legales (Sent. 11 Julio 1870).

La donacion en tanto vale, en cuanto al donante le quede con qué vivir (Sentencia 25 Enero 1873).

La sentencia que no declara que sea innecesaria la aceptacion de las donaciones para que produzcan efectos civiles, no infringe la ley 10, tít. XII, lib. III del Fuero Real, porque nada dispone esta ley sobre aceptacion de donaciones, ni tampoco contradice la doctrina del Tribunal Supremo que establece igual principio (Sent. 30 Abril 1875).

COMENTARIO

Cuando la donacion se hace simplemente por carta ó por palabra, no entregándose al donatario la cosa, está obligado á cumplirla el donante ó sus herederos, segun establece la ley 4.ª en su segundo párrafo, que no ha dejado de producir alguna duda entre los comentaristas.

El precepto es claro; verificada la donacion sin mediar la entrega, debe el donante hacerla, y sinó, sus herederos; pero el legislador, llevado de un sentimiento de humanidad hacia las personas que por la donacion pudieran privarse de lo más necesario para la vida, establece el beneficio de competencia, mediante el cual, si el que hubiese de cumplir la donacion fuese tan rico, que despues le quedare de lo suyo para vivir sin necesidad de pedir lo ajeno, *estonce es tenudo en todas guisas de la dar cumplidamente*; pero si por hacerlo no le quedare con qué vivir, *estonce non seria tenudo de cumplir la donacion.*

Del precepto ántes consignado hemos dicho que han surgido algunas dudas entre los autores. ¿Se deriva de él la necesidad de la aceptacion del donatario para que la donacion se perfeccione, ó no es esencial este requisito?

Siendo aquélla un contrato que requiere naturalmente mutuo consentimiento de las partes, dicen unos, es necesaria la aceptacion del donatario si ha de quedar obligado el donante. En este sentido parece explicarse la ley 10, título XII, lib. III, Fuero Real, citada por Viso en apoyo de dicha doctrina, al disponer que si alguno hiciere escritura de donacion á otro y la retuviera en su poder sin entregársela, puede revocar la donacion. Lopez, oponiéndose al parecer de los que, fundándose en el Ordenamiento de Alcalá, dicen que no es necesaria la aceptacion porque, segun dicho Ordenamiento, existe obligacion desde que consta la voluntad de querer obligarse, afirma que el objeto de este principio fué quitar la forma de la estipulacion y no la forma dada á los contratos que se perfeccionan por el consentimiento, pues de otro modo resultaría el absurdo de suponer que la ley sostenía, por ejemplo, la venta hecha al ausente ú otra persona que la ignorase.

En efecto, no se concibe que el donante pueda obligar al donatario á recibir una cosa contra su gusto, ni puede suponerse tampoco que aquél la abandone, sinó es en la creencia de que el segundo la acepte. Tanto por esta razon y las alegadas por los autores citados, como por la ley 4.ª de Partidas y la 6.ª que más adelante estudiaremos al tratar de las donaciones llamadas modales, creemos necesario que el donatario acepte para que la donacion se perfeccione y se haga irrevocable, y así ha venido á declararlo últimamente el Tribunal Supremo en las sentencias que, por formar jurisprudencia, hemos apuntado en los orígenes, ademas de las copiadas en su lugar.

Esta aceptacion debe hacerse miéntras el donante persevere en su propósito y no pierda la capacidad de donar, porque de perderla sería nula la aceptacion, faltando el concurso de voluntades necesario en los contratos; y aunque alguno afirma que muerto el donador, ántes de haber aceptado el donatario, quedan obligados los herederos del primero á cumplir la donacion, conforme á la ley 4.ª de la Partida citada, debe tenerse en cuenta que lo prescrito por esta ley no se refiere al caso de morir el donante ántes de dicha aceptacion, sinó al que tiene lugar cuando muere aquél ántes de haber entregado el objeto donado.

La muerte del donatario no traspasa á los herederos el derecho de aceptar la donacion, porque no pueden éstos perfeccionar lo que dejaron en proyecto sus causantes; pero si el donatario se hiciera incapaz para aceptar la donacion, puede hacerlo en su puesto el curador, segun dejamos explicado.

Artículo 1182.—La donacion hecha bajo condicion, vale mediante el cumplimiento de ésta.

ORÍGENES

Ley 5.ª, tít. IV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Admiten con algunas modificaciones la revocacion de las donaciones condicionales cuando no se ha cumplido la condicion: los arts. 953 y 954 Cód. Francia.—1726 Holanda.—1552 Luisiana.—1079 Italia.—603 Vaud.—953 Valais.—1391 Friburgo.—682 Neufchatel.

JURISPRUDENCIA

Cuando se hace una donacion condicional, imponiendo ademas una carga al donatario, no debe reputarse ésta como condicion, sinó como una mera obligacion, cuyo olvido no puede aprovechar á la persona interesada en la ineficacia de dicha donacion (Sent. 7 Enero 1861).

Las leyes que tratan del cumplimiento de las condiciones en los testamentos, son inaplicables al caso en que se ha cumplido por el donatario la condicion que se le había impuesto, pero no cierta obligacion con que ademas se le habia gravado (Sent. id. id. id.).

No puede tener aplicacion á las donaciones hechas sin condicion virtual ni explícita, la ley 5.ª, tít. IV, Partida 6.ª, que habla del valor legal de las donaciones hechas *so condicion* (Sent. 21 Marzo 1863).

Las donaciones que la ley 5.ª, tít. IV, Partida 5.ª, llama *donacion á cierta postura*, por la que si bien el donante cede todos sus bienes, queda sujeto por su parte el donatario al cumplimiento de ciertas obligaciones que disminuyen el valor de lo donado, no pueden calificarse de donaciones universales (Sent. 28 Marzo 1863).

La ley 5.ª, tít. IV, Partida 5.ª, que trata de la manera en que vale la donacion que es hecha so condicion, se refiere únicamente á las donaciones que nacen de mera liberalidad del donante, por lo cual no es aplicable á las que aparecen hechas en pago de lo que se debe (Sent. 13 Noviembre 1865).

Cumplidas las condiciones con que fué hecha una donacion, ésta queda firme y valedera (Sent. 23 Noviembre 1867).

La cláusula puesta en la donacion de una casa, de que el donatario no podría vender la finca, ni sus acreedores proceder contra ella ó sus rentas hasta despues de la muerte del donado ó del favorecido, no es una verdadera condicion que dependa de un acontecimiento incierto, sinó una limitacion del dominio cedido al donatario hasta la época cierta del fallecimiento de alguno de ambos (Sent. 23 Mayo 1873).

En materia de donaciones, el donante es árbitro de poner las condiciones que tenga por conveniente, estando obligado el donatario á respetarlas, siempre que sean posibles y honestas (Sent. 11 Febrero 1874).

No versando un pleito sobre ninguna clase de donacion, no es aplicable, y por tanto, no puede ser en él infringida la ley 5.ª, tít. IV, Partida 5.ª (Sent. 3 Marzo 1877).

COMENTARIO

No ofrece ninguna duda la doctrina del presente artículo. La ley exige como único requisito para que la donacion condicional valga, que se cumpla la voluntad del donante, bien por un evento cualquiera, bien de otro modo; y el ejemplo que se cita en su texto lo explica perfectamente; porque si una persona da á un hijo alguna cosa para cuando su padre le saque de su poder, y muere el padre ántes del hijo, se cumple la condicion establecida áun cuando haya sido de un modo no previsto; el resultado ha sido el mismo.

Artículo 1183.—Cuando al hacerse la donacion se expresare el objeto ó aplicacion á que haya de destinarse, podrá el donante exigir del donatario el cumplimiento de la obligacion ó que le restituya la cosa.

ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. IV, Partida 5.ª.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: leyes 1.ª, tít. XLIV, y 1.ª, título LVI, lib. VIII, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

No puede considerarse como donacion de todos los bienes aquella que no es simple, sinó de las llamadas por la ley de Partida á *cierta postura*, y que como tal impone obligaciones á favor del donante cuya falta de cumplimiento la hacen revocable. Las donaciones no necesitan insinuacion judicial cuando no hay términos hábiles para verificarlo, en atencion á no poderse fijar el valor líquido de los mismos,

como sucede cuando por las obligaciones impuestas al donatario puede la donacion quedar reducida á la nulidad y hasta convertirse en gravosa (Sent. 21 Noviembre 1846).

La ley 6.ª, tít. IV, Partida 5.ª, no tiene aplicacion cuando la donacion queda sin efecto por la venta de los bienes que habian sido donados (Sentencia 2 Junio 1864).

La donacion llamada por la misma ley *á cierta postura*, es válida y subsistente interin en juicio contradictorio y por persona legítima no se pida y pruebe su nulidad y rescision (Sentencia 17 Setiembre 1864).

La donacion hecha por el padre al hijo debe reputarse causal, cuando no procede de simple liberalidad (Sent. 4 Abril 1865).

Habiendo realizado el donatario la condicion porque se le hizo la donacion, ésta es válida, «por haber cumplido aquello por que se lo dieron», segun las palabras de la ley 6.ª, tít. IV, Partida 5.ª (Sent. 10 Junio 1873).

La ley 6.ª, tít. IV, Partida 5.ª, que trata del valor de las donaciones que se hacen á cierta postura, no es aplicable, y por tanto no puede considerarse infringida, cuando no es objeto del pleito la validez ó nulidad de ninguna donacion (Sent. 3 Enero 1873).

COMENTARIO

En nada se opone á la naturaleza de la donacion el que en ocasiones se haga para cierto fin ó imponiendo algun gravámen al donatario, en cuyo caso recibe aquella el nombre de *á cierta postura causales y sub-modo* segun la ley de Partida; mas para que sea válida, es preciso que el donatario cumpla el fin ó gravámen que se le impuso, pues de no hacerlo puede el donante obligarle á ello ó á que abandone la cosa donada, de donde resulta que la donacion en este caso es revocable á eleccion del donante, que puede optar por uno de los dos caminos que la ley le concede.

Artículo 1184.—La donacion hecha hasta cierto dia caduca al finalizar el plazo marcado en su constitucion y debe restituirse á la persona que para recibirla hubiere designado el donante ó á los herederos de este en su caso.

ORÍGENES

Ley 7.ª, tít. IV, Partida 5.ª

CONCORDANCIA

Concuerda con la ley 26, tít. XXXVII, libro VI, Código Romano.

COMENTARIO

Puede hacerse tambien la donacion hasta cierto día, segun declara la ley 7.ª de Partida, considerándose válida miéntras dura el plazo señalado.

SECCION SEGUNDA

DE LA MEDIDA DE LA DONACION

Artículo 1185.—Las donaciones que exceden de quinientos maravedís de oro, deberán otorgarse precisamente por escrito y con la insinuacion ó aprobacion judicial.

Se exceptúan de la disposicion anterior:

Primero. Las hechas al rey ó al Estado.

Segundo. Las que tuvieren un fin piadoso.

Tercero. Las hechas por dote ó con ocasion de matrimonio.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. IV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Leyes 34 y 36, párr. último, tít. LIV, lib. VIII, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

No son válidas las donaciones de los padres á las hijas cuando se casan, si no se insinúan y otorgan en las capitulaciones matrimoniales (Sent. 21 Mayo 1845).

Las donaciones no necesitan de la insinuacion judicial, cuando no hay términos hábiles para verificarla, en atencion á no poderse fijar el valor líquido de las mismas, ó cuando por las obligaciones impuestas al donatario puede

la donacion quedar reducida á la nulidad y hasta convertirse en gravosa (Sent. 21 Noviembre 1846).

Cuando no consta que la donacion excede de quinientos maravedís de oro, no puede anularse por la falta de intervencion judicial (Sentencia 23 Diciembre 1857).

Cuando se dona una cosa eventual, como el premio de la lotería, no hay necesidad de escritura ni de insinuacion judicial, por cuanto no puede estimarse el verdadero valor de tan eventual esperanza, ni apreciarse la tal donacion (Sents. 27 Enero 1858 y 7 Mayo 1860).

La cesion de un derecho cuyo valor se ignora, no puede calificarse de inmensa, ni queda sujeta á insinuacion judicial para su validez, aunque sea una verdadera donacion (Sent. 7 Marzo 1860).

La circunstancia de que al donante le queden bienes suficientes para vivir, no dispensa del precepto de la insinuacion respecto de las donaciones exorbitantes ó inmensas (Sent. 27 Marzo 1860.

No basta la manifestacion al juez, sinó que es necesaria su aprobacion para llenar el requisito de la insinuacion judicial, exigido para la validez de las donaciones que excedan de quinientos maravedís de oro (Sent. 27 Marzo 1860).

La falta de insinuacion judicial no puede subsanarse con manifestaciones judiciales ó extrajudiciales que hagan los donantes (Sent. idem id. id.).

Para la aplicacion de la ley 9.ª, tít. IV, Partida 5.ª, que ordena la insinuacion de las donaciones que excedan de quinientos maravedís de oro, es necesario que conste el valor de lo donado (Sent. 31 Enero 1861).

El registro de una donacion hecho oportunamente en el oficio de hipotecas, no exime del requisito esencial de la insinuacion, porque aquél se hace sin autorizacion del juez, y éste la presupone con toda solemnidad (Sent. 11 Junio 1862).

No probándose que el valor de los bienes donados excede de la cantidad señalada en la ley 9.ª, tít. IV, Partida 5.ª, aunque la donacion haya carecido de insinuacion, la sentencia que declara válida dicha donacion no infringe la citada ley de Partida (Sent. 2 Noviembre 1862).

No hace falta la insinuacion, cuando el donante impone al donatario la obligacion de mantenerle durante su vida, y contiene ademas reserva de ciertos bienes para disponer de ellos libremente (Sent. 2 Diciembre 1863).

Una donacion con carácter de pension vitalicia no puede someterse á la ley de la insinuacion, porque siendo incierta la vida del que la ha de disfrutar, no habría tipo á que atenerse para apreciarla (Sent. 21 Marzo 1863).

No habiéndose alegado en el curso del pleito, ni por consiguiente, discutido que unos bienes donados excedan de los 500 maravedís de oro; y que, por lo tanto, estaba sujeta á insinuarse la donacion, segun previene la ley 9.ª, tít. IV, Partida 5.ª, no puede despues invocarse esta ley como motivo de casacion (Sent. 28 Marzo 1863).

La Constitucion 1.ª, tít. IX, lib. VIII, vol. 1.º de la legislacion de Cataluña, sólo determina que las donaciones que no hayan sido insinuadas oportunamente, no pueden perjudicar á los acreedores censualistas ni á los que tengan créditos garantidos por escrituras públicas ó por documentos privados, aunque sean de época posterior (Sent. 29 Setiembre 1865).

La ley 27, tít. II, Partida 3.ª, que define la propiedad y la posesion, y establece la diferencia que hay entre ellas y cómo se deben pedir, y la 28 del mismo título y Partida, que determina que el tenedor de bienes, aunque no tenga título, si alguno se los demandase y no probase que le pertenecia su dominio, siempre conserva su tenencia, son inaplicables para decidir las cuestiones sobre validez ó nulidad de una donacion (Sent. 26 Enero 1866).

Como cuestion que es de hecho, corresponde á la Sala sentenciadora apreciar la validez ó nulidad de una donacion, y decidir si se ha verificado ó no en fraude de acreedores legítimos, sin que la sentencia que decida, en vista de las pruebas, que los bienes deben quedar en el estado que tenían ántes de la donacion, y por consiguiente, de la propiedad, infrinja la ley 7.ª, tít. XV, Partida 6.ª (Sent. id. id. id.).

Al determinar una sentencia que es nula una donacion en lo que exceda de los 500 maravedís de oro que previene la ley, no infringe la 9.ª, tít. IV, Partida 5.ª (Sent. id. id. id.).

Cuando se discute sobre la validez ó nulidad de una donacion, la sentencia que declara uno ú otro extremo es congruente con la demanda y no infringe por tanto los arts. 61 y 62 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. id. id. id.).

Las donaciones *inter vivos* de bienes determinados hechas por personas autorizadas por la ley, y que hayan sido insinuadas y aceptadas, son válidas, con tal que los donantes, *con lo que les fincase puedan bien vivir de guisa que non hayan de demandar lo ajeno*; y

áun cuando la insinuacion se haga por los herederos del donatario, esto no vicia la donacion por cuanto siendo un derecho, es incuestionable su trasmision á aquéllos (Sent. 6 Noviembre 1866).

Las donaciones no necesitan para su validez de la insinuacion judicial, sinó cuando son puras ó simples y exceden de 300 ducados en Navarra y de 500 maravedís de oro en Castilla, segun la legislacion respectiva (Sent. 21 Noviembre 1867).

No están sometidas á insinuacion perjudicial las donaciones *á cierta postura*, segun tiene declarado el Tribunal Supremo, porque las obligaciones eventuales que comprenden sus gravámenes indefinidos impiden que pueda fijarse su importancia y utilidad líquida (Sent. 30 Diciembre 1867).

Cuando no existe donacion, son inaplicables las leyes que á las donaciones se refieren, y no puede tener lugar la insinuacion de que trata la 9.ª, tít. IV, Partida 5.ª (Sent. 30 Noviembre 1869).

Siendo gratuita y libre una donacion, es indispensable su insinuacion para que produzca sus efectos legales, si el valor de lo donado excede de 500 maravedís de oro, conforme lo dispone la ley 9.ª del título IV, Partida 5.ª (Sentencia 30 Abril 1875).

La prueba de la cantidad equivalente hoy á los 500 maravedís de oro no es obligacion de la parte demandante, sinó atribucion de los Tribunales, que deben fijarla en cumplimiento de la ley (Sent. id. id. id.).

La sentencia que declara la nulidad de una donacion en escritura pública en cuanto excede de la cantidad de 30.073 rs. y 18 maravedís, se cumple devolviendo y entregando los donatarios al causa habiente del donante todo cuanto de lo recibido y percibido en virtud de dicha donacion, segun resulta de la referida escritura aceptada por los mismos, exceda de la mencionada cantidad en que la donacion subsiste, y de consiguiente, el auto que manda proceder á la ejecucion de la referida sentencia y estima, segun se solicitó el requerimiento de los donatarios con los demás extremos conducentes para llevar á efecto la ejecutoria expresada, sin infringir la ley y ateniéndose á la escritura, puesto que estas infracciones no se alegan, no la quebranta de modo alguno, si no establece la opcion de devolver el precio de la cosa donada ó la cosa misma, punto no comprendido en la escritura de donacion, ni resuelve cuestion alguna que no esté determinada por la sentencia, ni se extiende á más de lo declarado en la misma, y se concreta á restituir el estado de las cosas al que tenían cuando se otorgó la donacion, en lo que ésta se declaró nula (Sent. 14 Diciembre 1877).

COMENTARIO

Trata el presente artículo de poner un límite á la facultad que todo propietario tiene de hacer donacion de sus bienes, para evitar que dilapide su hacienda con cuantiosos donativos. Quizas en el terreno del derecho constituyente pudiera reconocerse á favor del padre que tiene la libre administracion de sus bienes, derecho para disponer de ellos como bien le pareciera, porque nadie como él sabe el uso que debe darles sin perjudicar á sus hijos; pero quizas tambien la ley estuvo acertada al poner limitaciones á ese derecho, que si pudiera parecer muy natural dentro del círculo de la familia, pudiera tambien abusarse de él con la mejor buena fe y sin prever las malas consecuencias que podrían sobrevenir, tanto á los mismos propietarios como á sus familias. Hé aquí porqué ya el Derecho Romano en los primeros tiempos exigió formalidades para las donaciones; luego se prohibió que excediesen de 200 sólidos; más tarde, Justiniano, aboliendo aquellas solemnidades, dispuso que si la donacion excedía de 500 sólidos quedara sujeta á insinuacion, y por último, las Partidas copiaron esta doctrina en la ley 9.ª, tít. IV, Partida 5.ª Segun ella, pues, no puede hacerse una donacion entre vivos que exceda de 500 maravedís de oro, sin la insinuacion ó aprobacion judicial correspondiente, á no ser que se haga á favor del Estado, con fines piadosos ó por causa de dote.

Los autores no están contestes al practicar la reduccion de los maravedís de oro de la ley á moneda corriente; así, unos lo graduan en 25.600 reales, otros en 7.352 reales 32 maravedís y otros en 8.000 reales, y otros, por último, en 30.073 rs. y 18 maravedís, por lo que, siguiendo el parecer de Viso, juzgamos prudente que se obtenga la aprobacion judicial, cuando la cantidad donada llegue á la menor de las tres marcadas. Hace notar Gregorio Lopez, que la ley no prohibe hacer varias donaciones á una misma persona, de lo cual resulta que ésta puede no sólo exceder de la cuota prescrita, sinó tambien disipar su patrimonio sin faltar á la ley, porque si cada una de las donaciones no excede de los 500 maravedís de oro,

la suma de ellas puede abarcar toda la hacienda de un particular. No es este el último defecto de la ley, pues como añade el comentador citado, estableciéndose cantidad fija sin guardar relacion entre lo que pueda donarse y el capital donante, será para unos insignificante la donacion, miéntras que para otros puede serles en extremo gravosa dado su corto patrimonio.

Marcados estos defectos de la ley, vamos á ver las excepciones establecidas al principio general consignado en la misma.

Declara ésta exentas del requisito de la insinuacion las donaciones que se hacen al príncipe ó por el príncipe, ó lo que es lo mismo, al Estado ó por el Estado, pues como sabemos, aquél asumía ántes todas las atribuciones de éste.

Lo que á continuacion establece la ley respecto á las donaciones hechas por los reyes á las ciudades, iglesias, villas y castillos, así como de aquellas que se refieren á cosas del reino, no se halla ya vigente en la práctica y sólo puede citarse como recuerdo y antecedente para explicar antiguos privilegios.

Otras de las donaciones exentas de insinuacion, son las que se hacen, ya con algun fin piadoso, como para redimir cautivos, reedificar iglesias, etc., ya por causa de dote ó por razon de casamiento, fuera de las cuales y de las mencionadas ántes, la insinuacion es requisito indispensable en excediendo de los 500 maravedís de oro.

Algunas excepciones más se hallan admitidas por la jurisprudencia, de las cuales no hacemos mérito en este lugar porque ya dejamos apuntadas en el suyo, las sentencias dadas por el Tribunal Supremo sobre esta materia.

Artículo 1186.—Son nulas:

Primero. La donacion de todos los bienes del donante, aunque sólo sea de los presentes (*a*).

Segundo. Las contrarias á lo establecido en las leyes sobre legítimas y mejoras (*b*).

Tercero. Las hechas á favor de los hijos sacrílegos por sus padres y los parientes de éstos (*c*) (1).

Cuarto. Las otorgadas en contravencion á lo prevenido en las leyes sobre arras, esponsalicias y donaciones durante el matrimonio (*d*).

(1) Véase art. 928, pág. 456.

ORÍGENES

(*a*) **Ley 7.ª, tít. XII, lib. III, Fuero Real.**
Ley 2.ª, tít. VII, lib. X, Nov. Rec. (69 de Toro).

(*b*) Ley 7.ª del Fuero Real citada.
Leyes 5.ª y 6.ª, tít. III; y 1.ª, tít. XX, libro X, Nov. Rec.
Ley 4.ª, tít. XX, lib. X, Nov. Rec.

(*c*) **Ley 3.ª, tít. XXI, Partida 4.ª**

(*d*) **Leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. XI, Partida 4.ª**
Leyes 1.ª, 6.ª, 7.ª y 8.ª, tít. III, lib. X, Novísima Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerdan en cuanto al núm. 1.° y únicamente en lo que se refiere á los bienes futuros: con: Art. 943 Cód. Francia.—1138 Cerdeña. —1704 Holanda. —1064 Italia.—598 Vaud.—675 Neufchatel.—932 Valais.—1064 Bolivia.—El 944 Austria permite donar los bienes presentes y la mitad de los futuros, y el 1460 de Portugal declara nula la donacion de todos los bienes sin reserva de usufructo, ó si el donante queda sin recursos para vivir, é igual disposicion contiene en este último caso los arts. 1484 de la Luisiana y 1139 Cerdeña. En cuanto al núm. 2.°, concuerdan en el fondo los arts. 913 y 915 Cód. Francia y 1492 Portugal.

JURISPRUDENCIA

Sent. 28 Marzo 1859.

No puede invalidarse la donacion hecha á la Compañía de Jesús en el año 1825, toda vez que en dicha fecha estaba la misma en condiciones para poder adquirir bienes raíces (Sentencia 26 Marzo 1845).

No puede considerarse como donacion de todos los bienes aquella que no es *simple*, sinó de las llamadas por la ley de Partida *á cierta postura*, y como tal impone obligaciones á favor del donante, cuya falta de cumplimiento la hacen revocable (Sent. 21 Noviembre 1846).

La donacion de un derecho dependiente del resultado de un litigio, no es estimable miéntras no cesa la eventualidad de que depende su realizacion, y por lo mismo, no puede sostenerse que llegue ó exceda de determinada cantidad (Sent. 31 Enero 1861).

Enajenando el donante la cosa ántes de entrar á poseerla, se entiende revocada la donacion con arreglo á la ley 4.ª, tít. XI, Partida 4.ª (Sent. 19 Febrero 1861).

Las donaciones entre ascendientes y descendientes en perjuicio de terceros, con iguales

derechos para suceder, no se suponen ni presumen, sinó que es necesario probarlas (Sentencia 14 Junio 1861).

No siendo de donacion de marido á mujer una escritura, ni teniendo las condiciones de tal, no son aplicables á ella las leyes del Digesto. *De donat inter vir et uxor*, ni las leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. XI, Partida 4.ª, ni las que obligan á los herederos á estar y pasar por lo hecho por su causante (Sent. 13 Febrero 1863).

Cuando se tiene un derecho espectativo á los bienes en que consiste una donacion hecha en capitulaciones matrimoniales, si dichos bienes se embargan para cubrir responsabilidades del donante, es evidente que el donatario sólo podrá tener derecho sobre los bienes que resten, deducidas las cargas ó deudas del caudal, y de ningun modo sobre la totalidad de los bienes ántes de deducirse dichas cargas (Sent. 25 Mayo 1866).

Cuando unos cónyuges hacen á sus hijos una donacion por causa de matrimonio y en concepto de adelanto de su legítima, siendo esto una deuda legal, es lo natural suponer que cada uno de los donantes quisiera desprenderse de la parte proporcional á su patrimonio (Sent. 8 Junio 1866).

Para que sea nula una donacion por ser excesiva, es menester que al donante no le queden bienes suficientes para vivir, que comprenda todos los que posee, ó que se haga para librarse del pago de pechos ó contribuciones (Sent. 6 Noviembre 1866).

Aun en las que exceptúa de la prohibicion, que tambien establece la ley 4.ª, tít. IX de la Partida 4.ª, se requiere como circunstancia indispensable para su validez y subsistencia, que *nunca el donador las desficiese en su vida*, ni las revocase expresa ó tácitamente y por sus actos, quedando, por lo tanto, sin efecto ni eficacia legal *si muriese aquel que rescibiera la donacion ante de aquel que la fizo* (Sent. 6 idem id.).

Si bien la donacion que hace el padre á los hijos se entiende mejora de tercio y quinto, y vale hasta esta cantidad y no más, segun la ley 26 de Toro, ha de computarse el valor que tuviesen los bienes donados al tiempo de la muerte del otorgante, y no al en que se hizo la donacion ó mejora, como lo dispone la 23, ó sea en la 7.ª, tít. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion (Sent. 21 Noviembre 1867).

La ley 2.ª, tít. VII, lib. X de la Novísima Recopilacion (69 de Toro), únicamente prohibe la donacion simple de todos los bienes, y no la que define y llama la ley 6.ª, tít. IV, Partida 5.ª, *á cierta postura*, en la que pueden disminuir hasta el extremo su utilidad las condiciones impuestas al donatario, y áun convertirla alguna vez en gravosa al mismo (Sent. 30 Diciembre 1867).

La ley 2.ª, tít. VII, lib. X de la Novísima Recopilacion, prohibe la donacion de todos los bienes, no siendo aplicable al caso en que el donante se reserva algunos, y sobre los que donó impuso á los donatarios una pension vitalicia y otras condiciones, cuya falta de cumplimiento hacía revocable el contrato (Sent. 16 Noviembre 1870).

Si bien es cierto que, segun la ley 2.ª, tít. VII, lib. X de la Novísima Recopilacion, nadie puede hacer donacion de todos sus bienes, ni áun de los presentes, esta ley no es aplicable cuando, al tiempo en que se hizo la donacion, el donante poseía otros bienes, y en ellos no sólo cabía ésta, sinó que todavía le quedaban otros bienes para satisfacer los demas créditos que contra sí tuviera (Sent. 10 Junio 1873).

Si no prevaleciere una donacion condicional por no haber cumplido el donatario con la condicion, prevalecería en todo caso si no fué revocada por el donante, segun lo dispone terminantemente la ley 4.ª, tít. XI, Partida 4.ª, en sus palabras «fueras ende si aquel que ficiese la donacion nunca la revocare en vida ni desficiere (Sent. id. id. id.).

Refiriéndose las leyes 7.ª, tít. XII, lib. III del Fuero Real y 63 de Toro, á las donaciones, son inaplicables á una escritura que no constituye una donacion, sinó una declaracion de que una persona había obrado por cuenta y para otro (Sent. 20 Mayo 1875).

No puede donarse una cosa que no es propia del donante, como sucede con un derecho eventual que, sobre depender de su supervivencia á la persona de quien había de recibir ese derecho, es tan personal que no puede hacerse fructuoso para ningun otro (Sent. 25 Febrero 1865).

COMENTARIO

No solamente pone límites la ley á las donaciones, sinó que declara prohibidas muchas de ellas y en este caso se encuentran todas las enumeradas en este artículo que sucesivamente estudiaremos.

Entre las Partidas que segun su ley 8.ª, título y Partida citados, suponen valida la donacion

de todo lo suyo, y el Fuero Real que la prohibió aunque el donante no tuviere hijos, la ley 69 de Toro se decidió por la última.

Verdaderamente, puede afirmarse, que las donaciones de todos los bienes, si no siempre, las más de las veces, suponen fraude. Así se explica Palacios Rubios, y Goyena, siguiendo el mismo parecer, dice: «La república está interesada en restringir estas traslaciones repentinas de fortuna, ó despojos, casi siempre fraudulentos, de las familias; pero el interes mayor y principal es de los súbditos, el de los mismos donadores. ¿Cómo tolerar que por imprudencia y prodigalidad propias, ó por maquinaciones ajenas, se despoje uno de todo lo suyo en favor de otro, constituyéndose en una espantosa mendicidad? La moral y el bien público se resienten del repentino cambio de la holganza á la pobreza. No puede explicarse racionalmente esta especie de suicidio sinó por la fuerza irresistible de una seduccion ejercida con habilidad y constancia, ó por un acceso pasajero de locura». Tal es, en efecto, la razon que puede aducirse en apoyo de la ley 69 de Toro que prohibe la donacion de todos los bienes, aunque sólo se haga de los presentes.

Muchas dudas ha producido entre los autores el exámen de esta ley; pero en nuestro sentir la mayor parte de ellas no tienen razon de ser. ¿Qué necesidad hay, por ejemplo, de acudir al Derecho Romano para marcar el límite señalado por la ley á la facultad del donador, como hacen algunos, empezando por dividirse en sus pareceres al tratar de si aquel derecho prohibió ó no la donacion de todos los bienes? Ninguna; porque importa muy poco la conformidad ó disconformidad de la ley romana con la recopilada, para venir en conocimiento de que segun ésta, no puede el propietario hacer donacion de *todos* sus bienes sin distincion, y ménos podrá disponer de los futuros cuando aquélla se halla prohibida *aunque la faga solamente de los presentes*.

Dícese, sin embargo, que como nuestra ley lo que trata de impedir es que por un exceso de prodigalidad un hombre se reduzca á la miseria, no hay inconveniente en permitirle, que sin renunciar á su fortuna, disponga de sus bienes futuros á favor de otra persona, pues la donacion de éstos, aunque de presente no tenga efecto, es un acto eventual, pero válido. No consideraremos inaceptable en absoluto esta opinion; pero juzgamos más conforme al precepto legal, la doctrina del Proyecto de Código que no permite aquella donacion, porque «trasfiriéndose ésta al donatario irrevocablemente, y en el acto, la propiedad de los bienes donados, no puede tener lugar en los futuros. Ademas, el donador podrá hacer ilusoria la donacion de estos bienes, disipándolos ó no admitiéndolos: últimamente, esta donacion vendría á ser una especie de pacto sucesorio».

Covarrubias, Molina, Llamas y Gomez, disputan sobre si vale la donacion cuando el donante se reserva el usufructo ó algunos bienes para vivir, y áun hay autores que, admitiéndola como válida, explican la ley de Toro diciendo que es nula la donacion de todos los bienes, aunque sólo se haga de los presentes, á no haberse asegurado el donante el modo de subsistir durante su vida. No nos detenemos á desenvolver estas opiniones; pero conviene tenerlas en cuenta, porque en alguna sentencia del Tribunal Supremo, se las ha dado cierta fuerza al declarar que para ser nula una donacion por excesiva, es menester que al donante no le queden bienes suficientes para vivir, etc. (1); la ley, por otra parte, es terminante en su prohibicion.

Se hallan en segundo lugar, igualmente prohibidas, las donaciones hechas por los que tienen herederos forzosos en perjuicio de sus legítimas ó en contravencion á lo dispuesto sobre mejoras, lo cual es consecuencia de lo que oportunamente dijimos sobre una y otra materia.

Las donaciones hechas por los clérigos ó monjas á sus hijos ilegítimos ó que éstos reciban de los parientes de aquéllos, están absolutamente prohibidas en la ley llamada de Soria (4.ª, tít. XXII; lib. X, Nov. Rec). En otro lugar (véase art. 928) queda explicada esta ley con las no pocas dudas que ha producido.

Lo demas que se contiene en el artículo que comentamos tendrá su natural desarrollo cuando nos ocupemos del contrato de matrimonio. Allí podrá ver el lector las reglas vigentes sobre esta materia. Baste por ahora esta indicacion.

Por último, segun jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sent. 26 Enero 1866), la ejecutoria que declara nula una donacion por haber apreciado, en vista de la prueba testifical y demas datos consignados en los autos, el hecho de haberse otorgado aquella *en fraude de los acreedores legítimos*, no infringe la ley 7.ª, título XV, Partida 5.ª

(1) Sentencia 6 Noviembre 1866 citada en su lugar.

SECCION TERCERA

DE LA REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS

Artículo 1187.—La donacion entre vivos es irrevocable por su naturaleza.

ORÍGENES

Leyes 1.ª y 6.ª, tít. XII, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

El mismo principio se halla consignado en los Arts. 894 Cód. Francia.—1050 Italia.—1456 Portugal.—1703 Holanda.—1454 Luisiana.—557 Vaud.—919 Valais.—629 Neufchatel.—1121 Cerdeña.—814 Nápoles.

JURISPRUDENCIA

Al declarar las leyes la irrevocabilidad de las donaciones presuponen que al hacerla se han llenado las formalidades prescritas por las mismas (Sent. 27 Marzo 1860).

Lo donado por título de heredamiento en capitulaciones matrimoniales, como acto bilateral, y por causa onerosa, no puede ser revocado ni áun gravado por el donante, imponiendo al donatario una vinculacion ó fideicomiso perpetuo, sin contrariar la Constitucion 1.ª, tít. IX, libro VIII, de las de Cataluña; el principio legal de que lo estipulado en un contrato entre vivos no puede ser destruido ni modificado por un acto de última voluntad, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, segun la que no hay vinculacion ni fideicomiso perpetuo, cuando no se establece la prohibicion de enajenar en el órden de sucesion á los bienes sobre que recae la prohibicion (Sent. 27 Marzo 1861.

Sólo puede entenderse privado el donante de disponer libremente de los bienes donados, cuando al otorgarse éstos se hubieran puesto condiciones restrictivas de tal naturaleza, que fuesen un verdadero gravámen de restitucion en favor de alguna otra persona (Sent. 19 Abril 1865).

Por renuncia del donatario puede quedar nula la donacion (Sent. 23 Noviembre 1867).

No siendo la donacion á tiempo determinado, queda irrevocable en el acto, y no pueden los otorgantes, ni alguno de ellos por sí solo, volver á disponer de los bienes que ya habian donado (Sent. 16 Diciembre 1867).

Una donacion *inter vivos* no puede revocarse eficazmente por ninguna última voluntad de los donantes, que no puede tener efecto hasta despues de su muerte (Sent. 26 Enero 1874).

COMENTARIO

En una y otra ley del Fuero Real se halla establecido el principio de irrevocabilidad de las donaciones entre vivos, principio que se explica perfectamente, porque consideradas como contratos y dada la necesidad de la aceptacion, segun dejamos dicho para que se perfeccionen, desde este momento pasa la propiedad de las cosas donadas al donatario, y no es posible suponer en el donante facultad para deshacer por sí solo el acto en que han intervenido dos voluntades.

No quiere esto decir que la donacion sea irrevocable en absoluto, porque hay muchos casos señalados en las leyes en que aquella pierde este carácter, y así lo da á entender la misma ley 6.ª del Fuero Real al decir que la donacion inter vivos *no la puede quitar el que la dió, sino por las razones que manda la ley.* En los siguientes artículos veremos cuáles son estas razones.

Artículo 1188.—Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, las donaciones hechas por una persona que al tiempo de hacerlas no tenía hijos ni descendientes legítimos, quedarán revocadas por el solo hecho de sobrevenir un hijo tambien legítimo del donador, nacido con todas las condiciones necesarias para considerarlo vividero, con arreglo al art. 184.

Si la donacion se verificó habiendo ya hijos, se revocará solamente en lo que resultare inoficiosa.

ORÍGENES

Ley 8.ª, tít. IV, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerdan al primer párrafo con: Art. 960 Cód. Francia.—1556 Luisiana.—1096 Bolivia. —1482 y 1483 Portugal.—1078 y 1087 Italia.—609 Vaud.—961 Valais.—687 Neufchatel.

En el segundo párrafo concuerda con la ley última, tít. XXIX, lib. III, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Si bien por la ley 1.ª, tít. VII, lib. X de la Novísima Recopilacion, se dispone que la donacion que no es hecha por manda en razon de muerte, sinó en sanidad sin manda, no la puede quitar cuando quisiere aquel que la dió, sinó por las razones que manda la ley, tambien lo es que el tener hijo ó hija de su mujer legítima, con la que se casa despues de haber dado á otro todo lo suyo ó gran parte de ello, no teniendo hijos ni esperanza de haberlos, es una razon por la que, luégo que los tiene, queda revocada la donacion y no debe valer en manera alguna, como se ordena por la ley 8.ª, título IV, Partida 5.ª, y tambien en términos más generales y absolutos por la ley 8.ª, Cód. *de revocandis donationibus* (Sent. 9 Febrero 1874).

La sentencia que declara revocada la donacion que hizo una persona cuando no tenía hijos ni esperanza de ellos, por haberle nacido despues uno, no quebranta la relacionada ley Recopilada, como tampoco infringe la doctrina legal de que el contrato es la ley especial para los contratantes, porque dicha donacion perdió su valor por una causa legal, ni la 1.ª, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilacion, porque ésta supone una obligacion subsistente y eficaz (Sentencia id. id. id.).

COMENTARIO

En los dos párrafos del artículo puede verse claramente, que el motivo por el cual declara revocable el legislador la donacion hecha por el padre, es poner á salvo la legítima de los hijos, presumiendo, en el primer caso, que no habría aquél dispuesto de su patrimonio en la posibilidad de tener hijos.

El nacimiento de éstos, pues, es el que hace revocables las donaciones hechas anteriormente. Ahora bien, ¿tendrá esto lugar por aquel nacimiento *ipso jure*, ó deberá mediar alguna gestion por parte del donante? ¿Comprende esta doctrina á toda clase de donaciones? ¿Prevalecerán éstas si el hijo por cuyo nacimiento fueron revocadas muere ántes que el donante? ¿Son únicamente los hijos legítimos los que por el solo hecho de nacer producen aquel efecto en las donaciones? Estas son las preguntas que se hacen los comentaristas, y de las cuales nos vamos á ocupar brevemente.

La primera de ellas se contesta con las mismas palabras de la ley, porque al disponer que *luégo que los ha (hijos), es revocada por ende la donacion, é non debe valer en ninguna manera*, excluye toda duda acerca de que el nacimiento produce instantáneamente la revocacion sin necesidad de acto alguno por parte del donante, y quita toda su eficacia á la donacion anterior.

No podemos dar igual solucion á la segunda pregunta, porque el silencio de la ley por una parte y lo ridículo y á la vez duro que sería, como dice Goyena, el revocar ó anular toda donacion por pequeña que fuera, son razones que aconsejan como lo más prudente el abandonar el caso al arbitrio del juez.

Ha habido autores que considerando válida toda donacion miéntras no haya una causa por la cual deje de serlo, suponen que pueden renacer las donaciones revocadas cuando muere ántes que el donante el hijo por cuyo nacimiento se anularon, sin tener en cuenta los que así piensan, que, como dice Gomez, si de hecho quedó nula una donacion, no puede revalidarse sinó por un acto posterior.

En cuanto á la última pregunta, repetimos lo dicho anteriormente respecto á la segunda; no podemos dar resolucion categórica, porque áun cuando á los hijos ilegítimos en general no cabe dudar que se hallan excluidos en la ley en el mero hecho de admitir esta la revocacion *si despues oviese (el padre) fijo, ó fija, de su mujer legítima*, no sucede lo mismo cuando sólo se trata de los naturales legitimados por subsiguiente matrimonio. Muchos comentaristas niegan al nacimiento y legitimacion de los hijos naturales la fuerza suficiente para revocar la donacion anterior. Por nuestra parte debemos hacer notar, que borrando la legitimacion por subsiguiente matrimonio los vicios originarios del nacimiento, y estando equiparada á la legitimidad para todos los efectos civiles, no creemos contrario á la ley ni mucho ménos á la equidad el considerar revocada la donacion por el nacimiento de los naturales, siempre que sean legitimados por el subsiguiente matrimonio.

En cuanto á la disposicion del segundo párrafo del artículo que comentamos, es comple-

mento necesario de la teoría de legítimas que dejamos expuesta oportunamente.

Artículo 1189.—Tambien puede ser revocada la donacion á instancia del donante por causa de ingratitud, en los casos siguientes:

Primero. Si el donatario injuriase gravemente al donador ó le acusare de delito que se castigue con pena capital.

Segundo. Si le maltratare violentamente.

Tercero. Si le ocasionare grave daño en sus bienes.

Cuarto. Si por cualquier manera intentare su muerte.

ORÍGENES

Ley 10, tít. IV, Partida 5.ª

Ley 1.ª, tít. XII, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 955 Código Francia.—1547 Luisiana.—1081 Italia.—1488 Portugal.—1091 Bolivia.—604 Vaud.—944 Valais.—683 Neufchatel.—1392 Friburgo.—1725 Holanda.—1163 Cerdeña, todos los cuales admiten algunas otras causas ademas de las apuntadas en nuestro artículo.—Ley 10, tít. LVI, lib. VIII, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

La injuria inferida por el donatario contra el donante, sin espontaneidad y en defensa de sus derechos, no es causa bastante para producir la revocacion de la donacion (Sent. 12 Octubre 1858).

Le denuncia de un delito leve no se comprende entre las ingratitudes, que son causa legal para la renovacion de una donacion (Sentencia id. id. id.).

Tampoco puede revocarse porque el donatario sea moroso en el cumplimiento de los deberes que aceptó, si el donante no le apremia á ello judicialmente (Sent. id. id. id.).

Aunque la ley 10, tít. IV, Partida 5.ª, que trata de cómo por desconoscencia se puede revocar la donacion, fuera aplicable á la promesa de dote, no tendría aplicacion dicha ley no concurriendo razon alguna de las que la misma marca (Sent. 13 Febrero 1867).

Sólo á los padres ó donantes se da la accion para pedir, en su caso, la revocacion de estas donaciones por causa de ingratitud (Sent. 16 Diciembre 1867).

COMENTARIO

Una de las causas por la cual no pudo ménos la ley de declarar revocables las donaciones, es la ingratitud, pues el que falta al deber moral del reconocimiento debido á la persona de quien recibió los bienes, no es acreedor á que sigan éstos en su poder, á ciencia y paciencia del que por sus favores recibe ofensas.

Las leyes, tanto de Partida como del Fuero Real, distinguen al hablar de la ingratitud los cuatro casos que enumeramos en el artículo.

Tambien debe tenerse presente que las donaciones son revocables cuando no se realice la condicion de cuyo cumplimiento se hizo depender su validez, ó cuando siendo modal ó á cierta postura, dejase el donatario de cumplir el gravámen que se le impuso ó dedicase los bienes á otros fines que los taxativamente marcados por el donante.

Por último, en cuanto á los efectos de la revocacion diremos que deberán restituirse con los bienes los frutos producidos despues de contestada la demanda, porque sólo éstos corresponden en propiedad al donante en el mero hecho de no pertenecerle los bienes donados sinó desde aquella contestacion, hasta la cual fueron todos percibidos de buena fe por el donatario. Lo mismo decimos de las ventas é hipotecas hechas por éste; serán válidas las anteriores á la demanda, y nulas las posteriores. Tal es la doctrina establecida por el Derecho Romano que sirvió de precedente y jurisprudencia para resolver los casos dudosos de la presente materia.

Artículo 1190.—La madre que despues de la muerte de su marido hace donacion á su hijo y contrae nuevas nupcias, solamente podrá revocar la donacion en los tres últimos casos del artículo anterior.

ORÍGENES

Ley 10, tít. IV, Partida 5.ª

Artículo 1191.—La accion para revocar la donacion por causa de ingratitud, compete únicamente al donante.

ORÍGENES

Ley 10, tít. IV, Partida 5.ª
Ley 1.ª, tít. XII, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerda sustancialmente con: Art. 957 Cód. Francia.—606 Vaud.—1165 Cerdeña.—1550 Luisiana.—1490 y 1491 Portugal.—Ley 5.ª, tít. XXXV, lib. IX, y 1.ª y 10, tít. LVI, libro VIII, Código Romano.

JURISPRUDENCIA

Segun la jurisprudencia del Tribunal Supremo acorde con lo establecido en la ley 1.ª, título XII, lib. III del Fuero Real, la accion para reclamar la nulidad ó revocacion de semejante donacion por falta de cumplimiento de tales condiciones es personalísima del donante,, cuyos herederos, segun la expresion de la misma ley, *no pueden toller ni demandar lo que él no quiso* (Sent. 4 Marzo 1872.

Si bien al determinar la ley 1.ª, tít. XII, libro III del Fuero Real, las causas por las que se pueden revocar las donaciones, comprende la de que el donatario no haya hecho la cosa por la que se hizo la donacion, tambien dispone que si el donante no la revocó, no la pueden revocar ni demandar sus herederos (Sent. 26 Enero 1874).

COMENTARIO

Lo mismo en las Partidas que en el Fuero Real se halla dispuesto que el derecho de revocar la donacion pertenece únicamente al donante, y si éste no hiciere uso de él, no podrán hacerlo sus herederos; y la razon es clara, pues tratándose de revocar la donacion por la injuria hecha al donante, á nadie mas que al injuriado le compete aquel derecho.

Artículo 1192.—No se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por revocacion de donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro.

ORÍGENES

Art. 38 Ley Hipot.

CONCORDANCIAS

Con arreglo al art. 958 del Cód. Francia, la revocacion por causa de ingratitud no perjudicará á las enajenaciones, hipotecas ú otras cargas reales anteriores á la inscripcion, y le siguen los arts. 1951 Luisiana, que exceptúa los derechos que, procedentes del matrimonio, aparezcan en favor del cónyuge del donatario. 1727 Holanda.—1088 Italia.—1484 Portugal.—1095 Bolivia.—604 Vaud.—258 Valais.—686 Neufchatel.

COMENTARIO

No es menester mayor explicacion para comprender que únicamente cuando el donatario deje de cumplir las condiciones que le fueron impuestas en la donacion, es cuando podrá perjudicar al tercero contratante la revocacion de la misma, porque en este caso pudo muy bien enterarse por el Registro de que no estaba libre de condiciones aquélla, y él debe culparse de haber cometido una imprudencia al contratar sobre tales bienes.

No puede decirse lo mismo cuando la revocacion ha tenido lugar por causa alguna otra de las estudiadas, porque naturalmente, no puede perjudicar al que adquirió de buena fe el castigo impuesto á la ingratitud del donatario, de cuyo hecho no podia tener noticia el tercero contratante.

Por último, el art. 20 de la Instruccion sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á Registro, publicada en 9 de Noviembre de 1874, prescribe que, cuando se revoque alguna donacion de bienes inmuebles ó derechos reales por cualquiera de las causas que señalan las leyes, deberá expresar el notario la circunstancia consignada en nuestro artículo y de que hemos hecho mérito.

CAPÍTULO II

DE LAS DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE

Artículo 1193.—Tienen éstas lugar cuando se hacen hallándose el donante en peligro inminente de muerte, y son por su naturaleza revocables.

ORÍGENES

Ley 11, tít. IV, Partida 5.ª
Ley 6.ª, tít. II, lib. V, Fuero Juzgo.
Ley 10, tít. XII, lib. III, Fuero Real.
Ley 1.ª, tít. VII, lib. X, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

El art. 1457 Cód. Portugal, establece que «las donaciones por causa de muerte toman el carácter de las disposiciones de última voluntad, y quedan sujetas á las reglas establecidas en el título de testamentos».

JURISPRUDENCIA

Las donaciones por causa de muerte, segun las leyes 11, tít. IV, Partida 5.ª, y 6.ª, tít. XII lib. III del Fuero Real, ó sea 1.ª, tít. VII, libro X de la Novísima Recopilacion, son aquellas *que á las vegadas facen los homes estando cuytados en enfermedades ó teniendo otros peligros de que non cuydauan estorcer*, trasmitiendo gratuitamente, y como por vía de manda, alguna cosa de su propiedad en favor de otro para despues de su fallecimiento (Sentencia 11 Marzo 1864).

Dichas donaciones son actos unilaterales, revocables por su naturaleza, sin que, por lo tanto, necesiten para su validez la aceptacion del donatario á quien se trasfiere el dominio de la cosa donada, áun sin la entrega, luégo que el donante premuere, no arrepintiéndose de la donacion, sin que esto obste para calificar de esta especie aquellas donaciones en que manifieste, más ó ménos explícitamente, el afecto ó reconocimiento que le mueve en favor del donatario, ó que omita estos motivos, si así le conviene (Sent. id. id. id.).

La ley 11, tít. IV, Partida 5.ª, se refiere á las donaciones y no tiene aplicacion al pleito en que se litiga sobre liquidacion de una sociedad (Sent. 9 Diciembre 1871).

Las donaciones *mortis causa* son, por regla general, revocables por otras disposiciones de carácter testamentario que se hagan con las solemnidades que las leyes requieren (Sent. 12 Noviembre 1872).

Concedido de Real Orden á un Comendador profeso de la Orden de San Juan de Jerusalem el privilegio de que pudiese disponer de todos los bienes, efectos, derechos y acciones que le perteneciesen al tiempo de su muerte, en las facultades del Monarca estaba dejar sin efecto este privilegio, y haciéndolo quedaban nulos y sin valor legal todos los actos que se apoyasen en el mismo (Sent. id. id. id.).

Aun cuando la sala sentenciadora, al clasificar una donacion padezca error de opinion, esto no afecta á la justicia de la sentencia, siempre que su parte dispositiva se halle conforme á las leyes y reglas de derecho por las cuales deba resolverse la cuestion debatida (Sent. id. id. id.).

No puede aplicarse á las donaciones *mortis causa* las leyes que regulan las *inter vivos* (Sent. 24 Mayo 1873).

COMENTARIO

A las vegadas facen los omes donaciones, estando cuytados en enfermedades, ó teniendo otros peligros, de que non cuydauan estorcer. (ley 11, tít. IV, Part. 5.ª) que reciben el nombre de donaciones *mortis causa*.

«Estas, segun se expresa Goyena, eran una especie de *monstruo* entre los contratos y últimas voluntades: la algarabía del Derecho Romano y Pátrio sobre los puntos de semejanza y disparidad de estas donaciones con los pactos y legados, no podia producir sinó dudas, confusion y pleitos, en los rarísimos casos que ocurriesen por la dificultad de apreciar y fijar sus verdaderos caractéres. De aquí vino que,

aunque adoptadas en las leyes, no lo fueron en la práctica; y lo que no está en las costumbres, no debe estar en los Códigos».

Nuestras leyes, sin embargo, las admiten.

Con arreglo á ellas, pues, se entiende por donacion *mortis causa* la que se hace por temor á la muerte, ya provenga de enfermedad ú otro peligro inminente, sea mas ó ménos verdadero. Es preciso por tanto, como observa Heinecio, que el donante se refiera siempre á aquel suceso, por lo cual no admite dicho autor como donacion *mortis causa*, aquella que segun Ulpiano tiene lugar cuando una persona estrechada por grave peligro da alguna cosa, no para que la haga propia en seguida el adquirente, sinó cuando la muerte haya sobrevenido, distinguiéndola de la que se hace por sólo pensar en ésta, ó en momentos de un riesgo inminente para que en el acto se haga de aquel que la recibe.

Dícese en el artículo que estas donaciones son esencialmente revocables, y en efecto, así se halla prescrito de un modo expreso en las leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real y Novísima Recopilacion apuntadas, pues tratándose de un acto mediante el cual se trasfiere la propiedad de las cosas donadas á la muerte del donante, sin que sea necesaria para su validez la union de voluntades nacida del consentimiento de uno y aceptacion del otro, como en las donacioentre vivos, puede el donador revocarlo siempre que quiera durante su vida.

Artículo 1194.—Puede hacer donacion por causa de muerte, todo el que puede testar.

ORÍGENES

Ley 11, tít. IV, Partida 5.ª

COMENTARIO

La ley de Partida dispone á manera de escepcion que *maguer digimos que el fijo que está en poder del padre non puede facer testamento; bien puede facer donacion mortis causa con otorgamiento de su padre*; pero como lo primero ya ha dejado de regir, porque segun otras leyes, el hijo mayor de catorce años puede hacer testamento aunque esté bajo la patria potestad, no tiene razon de ser la excepcion y distincion consignadas en las Partidas, y por tanto, con decir que puede donar por causa de muerte todo el que puede testar, se comprende tambien al hijo que está en poder de su padre.

Artículo 1195.—Se entenderá revocada la donacion mortis causa:

1.° Si el donatario falleciese ántes que el donante.

2.° Si este saliese del peligro ó enfermedad que le movió á hacerla.

3.° Si el donador la hubiese revocado expresamente.

ORÍGENES

Ley 11, tít. IV, Partida 5.ª

COMENTARIO

Así como digimos al hablar de las donaciones entre vivos que eran esencialmente irrevocables, aquí decimos lo contrario, y los casos señalados en el artículo presente, mejor que para fijar cuando las donaciones mortis causa deben revocarse, sirven para demostrar una vez más el carácter que desde un principio les hemos dado, porque si con arreglo á los dos primeros son revocables las donaciones por faltar la persona á quien se hacían y la causa que las motivó, respecto al último puede decirse que la existencia de aquéllas depende de la voluntad del donante únicamente.

Artículo 1196.—Es nula la donacion que se hace por fuerza ó miedo.

ORÍGENES

Ley 11, tít. VI, Partida 5.ª
Ley 1.ª tít. II, lib. V, Fuero Juzgo.
Ley 7.ª, tít XIX, lib. III, Fuero Real.

COMENTARIO

Todos los Códigos se han expresado del mismo modo y no podía ser de otro distinto, porque á la donacion llevada á cabo por fuerza ó miedo, le falta la principal base de su existencia que es el consentimiento y libre voluntad del que la hace.

FIN DEL TOMO PRIMERO

ÍNDICE

DE LOS LIBROS, TÍTULOS, CAPÍTULOS, SECCIONES Y PÁRRAFOS DEL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA

TOMO PRIMERO

LIBRO SEGUNDO

DE LA DIVISION DE LOS BIENES Y DE LA PROPIEDAD

Páginas.

LIBRO TERCERO

DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

FIN DEL INDICE DEL TOMO PRIMERO

ERRATAS MÁS NOTABLES

Págs.	Columna.	Línea.	Dice.	Debe decir.
14	2.ª	15	Ley de 1878	Ley de 1838
146			Capítulo VIII	Título VIII
324	1.ª	28	fiiará	fijará
344	1.ª	13	y hará suyos los industriales percibidos hasta la contestacion á la demanda	y hará suyos únicamente los industriales consumidos hasta la contestacion á la demanda
348	2.ª	18	lo disfrute con título	lo dispute con título
412	2.ª	43	del testamento	del testador
438	1.ª	17 y 18	la sustitucion de	la institucion de
440	2.ª	44	el comisario puede	el comisario no puede
458	1.ª	32 y 33	que los hijos legítimos de cualquier calidad	que los hijos ilegítimos de cualquier calidad
533	2.ª	42	El testador se hace	El testamento se hace
556	1.ª	4	en este caso justamente	en este caso juntamente
557	1.ª	40	las intuiciones	las instrucciones
566	1.ª	46	los bienes maternos	los bienes á los hermanos maternos
599	2.ª	12	á una en momentos	á una persona en momentos
607	1.ª	1	todos los fines	todos los bienes
622	1.ª	44	denegatoria de la predencion	denegatoria de la prevencion